



ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CRIMINALE

CON NOTIZIE

SULLO STATO ATTUALE

DELLE LEGISLAZIONI PENALI

PONTIFICIA E TOSCANA

DELL'

AVVOCATO GIUSEPPE GIULIANI

MILANESE

PROFESSORE DEL SUDDETTO DIRITTO, PRESIDENTE DEL COLLEGIO LEGALE NELL'UNIVERSITÀ DI MACERATA E GIUDICE NEL TRIBUNALE DI APPELLO IVI RESIDENTE

Terza Edizione

EMENDATA ED ACCRESCIUTA DALL' AUTORE



VOLUME I.

MACERATA

TIPOGRAFIA DI ALESSANDRO MANCINI

1856.

PREFAZIONE

La presente terza edizione delle nostre Istituzioni di diritto criminale *comparisce al pubblico con notabili variazioni specialmente nei capitoli destinati a schiudere agli apprendenti i penetrali della scienza. Le cagioni gravissime, che a ciò ne indussero, non debbono da noi tacersi.*

Allorchè ne' primi anni del nostro magistero nacque in noi il divisamento di redigere un Corso di diritto criminale da pubblicarsi per le stampe a comodo degli apprendenti, ci si schieravano innanzi due capiscuola del criminale Diritto, di cui l'Italia grandemente si onora, il Romagnosi ed il Carmignani. Alieni noi per indole e per amor del vero da quella

vanagloria, a cui taluni aspirano, di voler comparire pensatori originali, nel che presumono riuscire discreditando tutto ciò che mai si disse da che son uomini sulla terra, ed amatori ingenui per lo contrario di quel progresso, che consiste nell' accogliere con riverenza il prodotto delle meditazioni de' grandi uomini, e trarne fondamento per salire a conseguenze di vera e provata utilità, fummo persuasi che da que' due classici ricavar si poteano preziosi lumi pel nostro lavoro; dall' uno, come quello che portò all' apice dell' analisi i motivi, d'onde emerge la giusta misura del danno sociale derivante dal delitto, ed enucleò in tutta la sua ampiezza il duplice magistero, di cui deve far uso il Governo per ostare alle azioni criminose; dall' altro, come quello che, oltre all'aver designato con mirabile lucidezza le gradazioni politiche onde si distinguono le varie categorie di offese sociali, può con piena verità appellarsi saggio maestro e duce nelle teorie di applicazione. Quindi in tutto il nostro lavoro avemmo il più delle volte a guida que' due grandi luminari, non però con servile imitazione, ma coll' onesto intendimento di svolgerne, ampliarne, e renderne più agevolmente intelligibili le dottrine.

Esaurita la prima e la seconda edizione, venne al fine il tempo in cui ci fu d' uopo pensare alla terza. E mentre a questa già erano rivolte le nostre meditazioni, vedemmo accesa in Europa con quasi inusitato calore la guerra de' sistemi filosofici, cioè sorgere fiero ed orgoglioso da un canto sulle ruine degli empiristi e dei sensisti il pretto Razionalismo, che presumendo elevare l' umana ragione al di sopra di Dio tenta di renderla donna, maestra e creatrice dell'assoluta giustizia, dall'altro tener broncio contro i puri razionalisti il Lamennismo, che per umiliare l'umana ragione vorrebbe renderla schiava della parola derivando tutte le idee dal linguaggio. Nel fervore di una lotta, nella quale ambo i competitori marciano sopra un pericoloso abisso, diveniva obbligo per un istitutore della gioventù il mostrare come potessero evitarsi gli errori di ambedue i sistemi, ponendo per base essere eterna ed immutabile la giustizia, esser ella scolpita nella umana ragione, che ne riceve l'idea passivamente dall'Ente infinito, ed esser prova ineluttabile di sì grave verità la coscienza del genere umano. Per far questo conveniva di necessità rinunciare a quei sottili ed ingegnosi ragionamenti, con cui il Romagnosi,

partendo dal principio dell' utile (*per verità inteso da lui in senso affatto opposto all' epicureismo*), *deriva dall' eguale tendenza degli uomini ad amare il meglio e fuggire il peggio l' idea di una eterna giustizia. Noi dunque vi rinunciammo.*

E il facemmo con tanto maggiore alacrità in quanto che vedemmo, non detrarsi per questo alla riverenza dovuta a quel grande filosofo. Imperocchè se egli fondò una scuola, che in ultima analisi può chiamarsi utilitaria, *la fondò peraltro studiando l' economia della Divina Provvidenza nell' umana creatura, lo che mostra quanto rette fossero le sue intenzioni, e quanto lontane dal panteismo e dall' ateismo. Di più. È noto come l' anima candida del Romagnosi fosse scossa dal libro di Geremia Bentham* Traité de legislation civile et pénale, *ove quest' Inglese riproducendo con inaudita franchezza i sofismi del greco Carneade intimò guerra alla morale, bandendo non esservi giusto od ingiusto veramente tale, tranne quello ch' è così dichiarato dalla legge positiva* (1). *Questa detestabile scuola chiamata* ateismo del diritto *non era atta a far prose-*

(1) Lerminier. Introduction à l' histoire du droit. art. *Jérémie Bentham.*

liti, ma poteva sedurre le menti giovanili. Quindi il Romagnosi scôrse la necessità di rivendicare al diritto la sua pura sorgente, di mostrare che la base di lui non è riposta nelle fattizie istituzioni degli uomini, in una parola che esiste in natura una giustizia assoluta, da cui la legge positiva non può allontanarsi. Ma poichè nell'intraprendere questo suo assunto il Piacentino Filosofo, mentre da un lato investigava con acume d'ingegno le umane facoltà nella parte sensitiva, trasvolava d'altro lato, seguendo la corrente del secolo, su quella parte nobile di esse, dalla quale sorgono le azioni disinteressate e virtuose (1), *così il suo sistema peccò di* sensismo, *e per tal modo rimasero a mezza via i suoi lodevoli sforzi diretti a dare alla giustizia e al diritto una sorgente razionale.*

Ecco perchè l'idea della giustizia esce imperfetta dal suo sistema, e la stessa di lui dimostrazione del diritto di punire ha bisogno di un elemento di più, perchè il diritto stesso possa dirsi dal lato morale veramente giustificato. A questo elemento fu da noi dato svi-

(1) Noi fummo cauti di cansare un tale sconcio, come può vedersi alle pagine 34 in nota, 35, 36, 276 e 399 volume I. della seconda edizione.

luppo nelle pagine 48, 49 *e* 124 *della seconda edizione. In questa terza sarà nostra cura di lumeggiarlo anche viemaggiormente. Ed in ciò consisterà l' una delle addizioni.*

L' altra scorgerassi nella genesi dei diritti. Essendo questi correlativi ai doveri, ci è piaciuto di far precedere l' analisi speculativa di questi ultimi. Così i primi passi della scienza si attengono ad un maggior rigore di logica.

La teoria della spinta criminosa, *checchè ne dicano i severi critici del Romagnosi, è una preziosa fiaccola per l'umana giustizia. Il Cantù attesta, che sur essa fu modellato il Codice penale di Vurtemberga: e di un numero considerevole di sanzioni sparse nelle leggi romane e ne' codici vigenti trovasi soltanto la riposta ragione in quella dottrina. Nè di lieve trionfo è alla memoria del Piacentino Filosofo il vedere, che i suoi insegnamenti in sì delicato argomento meritarono il suffragio del profondissimo Rosmini* (1), *di cui oggi lamentiamo con dolor sommo la perdita. Ma ad impedire, che la teorìa stessa diventi un pericoloso stromento in mano di chi non la inten-*

(1) Filosofia del diritto Vol. 2. libro 4. sezione 2 parte 2. cap. IV. art. IV. §. *diritto penale della società civile.*

*desse colla prudente restrizione del Rosmini, fa d'uopo associarla col principio dell'*adequazione delle pene. *Questa unione armonica dei due principj direttivi del sistema penale va a costituire un'altra addizione del presente nostro lavoro.*

Molti de' nostri lettori osserveranno, che con queste rettificazioni ed aggiunte noi siam venuti a dar basi, se non in tutto, almeno in gran parte nuove al nostro modesto edificio; e ciò per alcuni sarà forse oggetto di non lieve meraviglia. Noi pregando questi ultimi a considerare qual sacro debito è l'omaggio alla Verità, e come niuna cosa del mondo possa a lui anteporsi, aggiungeremo che ogni umana scienza è suscettiva di progressi, e che questi non ricusano di appalesarsi a chi li cerca con perseverante meditazione e con fiducia nell' eterno Datore de' lumi.

LIBRO I.

DEI DELITTI IN GENERE

CAPITOLO I.

Del diritto naturale ossia universale, della giustizia punitiva umana, e come essa sorga dalla civile associazione degli uomini.

SOMMARIO

§. 1. *Della giustizia assoluta, d'onde essa emani, e dei tre cardinali doveri dell'uomo.*

§. 2. *Della genesi degli altri doveri.*

§. 3. *Origine della società civile.*

§. 4. *Del diritto politico e delle sue diverse parti.*

§. 5. *Se l'umana associazione porti cangiamento nei diritti degli uomini.*

§. 6. *Limiti del diritto politico al confronto del gius naturale.*

§. I.

Nella scienza del diritto naturale, ossia universale, occupa un posto luminoso il diritto criminale, il quale è un'applicazione del giusto al fatto della punizione dei delinquenti, che si opera dalla umana Società.

Punire suona propriamente nel suo senso grammaticale — *far soffrire un male ad un Essere intelligente per un altro male da lui imputabilmente commesso. Poena est*, disse ac-

conciamente il Grozio, — *malum passionis propter malum actionis*. L'Essere intelligente, di cui qui si parla, è l'uomo.

La commissione imputabile del male per opera di lui presuppone, che esso abbia dei doveri, ch'è quanto dire, che sia soggetto a delle leggi. La ricerca dunque di questi doveri, di queste leggi è il primo passo da farsi nello studio del criminale diritto.

Volendo far ciò senza invadere il dominio delle altre scienze, noi presupponiamo quelle convinzioni che sorgono dalla coscienza del genere umano, e da cui soltanto lo scettico e l'ateo osano dissentire. Confutare il primo mostrandolo seco stesso in perpetua contraddizione, convincere il secondo, che nella medesima sua pseudo-dottrina trova la pena del suo aberramento, è officio della Filosofia morale.

Il principio di causalità, e la rivelazione del pari ci convincono, che tutto il creato è opera di un Essere Eterno perfettissimo, sapientissimo, onnipotente che è il Vero e il Bene assoluto in se stesso, che è principio e fine di tutte le cose. Egli le ha create con un ordine mirabile, che si manifesta nel mondo così fisico come morale. Gli Enti fisici sono retti da leggi provvidissime invariabili, che il Creatore loro impresse. Gli Enti morali sono soggetti ai dettami della giustizia assoluta, coeva a Dio ed inseparabile dalla di lui perfetta natura.

La prova dell'esistenza di questa giustizia assoluta è riposta nel comune sentire, nella convinzione del genere umano. Invano si pretenderebbe coi sensisti o cogli empiristi di farla discendere dai sensi o dalla esperienza. Invano coi puri razionalisti si tenterebbe di farla sorgere come creazione della ragione umana. L'umana ragione è limitata e contingente, mentre la giustizia è eterna ed immutabile. La giustizia dunque è superiore, infinitamente superiore all'umana ragione. Questa ne riceve la idea passivamente per lume infusole direttamente da Dio (1).

L'Ente Supremo nel crear l'uomo e collocarlo sulla terra impresse in lui una irresistibile tendenza al Vero ed al Bene assoluto.

(1) Joan 1. 9.

Lo dotò d'intelletto per conoscerlo, di volontà per seguirlo, di potenza esecutrice esterna per operare in conformità della suesposta sua tendenza. Nella volontà umana infuse Dio il libero arbitrio per render l'uomo capace di osservare moralmente le leggi della giustizia assoluta, e così attuarsi al conseguimento del Bene e del Vero assoluto nel compimento eterno dell'ordine (1).

Quali sono queste leggi, questi precetti della giustizia assoluta?

Eccoli. *Riconosci ciascun Essere per quello che è, stimalo secondo la sua intrinseca perfezione senza badare al tuo comodo o incomodo; amalo per quello che merita; opera verso lui secondo che esige la sua natura.*

Ora quali sono gli Esseri, coi quali l'uomo si trova in rapporto, e verso i quali egli deve osservare i dettami della giustizia assoluta? Il suo Creatore, se stesso, gli altri uomini.

L'adempimento della giustizia verso questi Esseri importa che l'uomo renda al PRIMO il tributo dell'adorazione, lo riconosca come supremo Creatore e Padrone delle cose create, come Vero e Bene assoluto, ami la sua gloria e tutto subordini ad essa, preferisca la gloria di lui a qualunque bene e vantaggio proprio. Di qui il primo precetto morale — *ama Dio sopra tutte le cose.* A questo dovere è correlativo nell'uomo il diritto di libertà nel rendere il vero culto all'Ente Supremo.

Importa che rispetti e conservi se stesso riconoscendosi come opera della Divinità; che perfezioni le sue facoltà per corrispondere alla volontà del suo Dio, che lo ha creato perfettibile. A questo dovere corrisponde il diritto dell'uomo alla propria conservazione e perfezione.

Importa che negli altri uomini riconosca tanti Esseri simili a sè creati al pari di lui da Dio ad immagine e similitudine propria, e perciò inviolabili, dotati delle stesse facoltà, degli stessi attributi, degli stessi doveri, dello stesso valore morale, e che egli operi verso loro in conformità di questa stima. Di qui l'altro precetto morale — *ama il tuo prossimo come te stesso.* In quali

(1) Liber genesis cap. IV. vers. 7.

e quanti doveri diramisi questo precetto, e quali diritti siano ad essi correlativi si vedrà nel seguente paragrafo.

Ecco in ordine d'importanza la prima categoria delle leggi, a cui l'uomo è soggetto, e d'onde sorgono i tre cardinali doveri, a cui è vincolato.

§. II.

Vediamo ora come dai suesposti cardinali doveri altri ne emanino di grave importanza per l'Essere umano.

È legge suprema per l'Uomo il vivere associato ai suoi simili. Difatti egli non può conservarsi, isolato che fosse sulla terra; e il considerarlo nello stato d'isolamento non può essere che una finzione, come la statua di Condillac fantasticata a forza di astrazioni. La più ristretta delle umane società, quella, cui per lo meno è forza supporre per render concepibile l'esistenza dell'uomo sulla terra, è la società di famiglia. Fermiamoci per ora a questa.

In essa l'uomo si trova nello stato di conjuge, di genitore, di figlio. Come conjuge è vincolato al dovere dell'amor conjugale sostenuto dalla continenza per corrispondere efficacemente al fine della riproduzione voluto dal suo Creatore mediante il conjugio (1): come genitore ha il dovere di alimentare ed edu-

(1) Ecco come si esprime a questo proposito uno de' più grandi giureconsulti ed oratori della Francia — *Se l'attrattiva che ravvicina i due sessi fosse abbandonata al delirio dei sensi, la degradazione della specie giungerebbe presto a proporzionarsi alla sua depravazione. Le notti colpevoli* (liber Sapientiae IV. 6.) *bruttano l'anima colle loro sozzure e aggravano il corpo col peso de' loro eccessi. Esse istupidiscono l'intelligenza, avvelenano le sorgenti della sanità ed inebriano la vita ad una coppa funesta che ne abbrevia la durata. I figli che in esse son generati, offesi nella costituzione dalle infermità precoci de' parenti, nell' onore dalla illegittimità della nascita, nella sicurezza personale dal loro falso stato nella famiglia, formano piuttosto l'afflizione che la speranza e l'elemento riparatore della Società. Per questo la gran mente di Montesquieu disse:* „ *gl' il-*

care la prole: come figlio ha il dovere di rispettare ed ubbidire i genitori, in una parola di onorarli. Questa triplice categoria di doveri costituisce *l'ordine di famiglia*, dal quale sorgono i correlativi *diritti*.

L'uomo sulla terra è circondato dal mondo fisico, del quale Dio gli assegnò il dominio (1). In esso egli trova i mezzi di alimentarsi, di ripararsi dalle ingiurie de' climi, di procurarsi i comodi della vita. Siccome questi sono per lui tre urgenti bisogni consentanei alla legge di conservazione, così egli ha il dovere di applicare la sua potenza esecutrice esterna alle cose fisiche per soddisfarli. Di qui il dovere dell'industria, d'onde sorge *il diritto di proprietà reale* (2).

Dilatandosi l'umana associazione, passando cioè dalla società di famiglia allo stato di società civile, v'ha d'uopo a render questa diuturna, come fra poco dimostreremo, che in una o più persone esista il dovere di moderare e dirigere le azioni degli altri. Indi sorgono le categorie di superiori ed inferiori. E poichè ai primi è inerente la facoltà di comandare, esiste nei secondi il dovere di prestare a quelli riverenza ed obedienza.

Nella medesima società civile è di somma importanza per gli uomini, che essi onorino la probità e la virtù; imperciocchè se questa non venisse onorata, cesserebbe uno degli stimoli a praticarla, e così scemerebbe la somma de' beni morali, e aumenterebbe quella dei mali. Per onorare la virtù conviene prestarle stima e riverenza. L'amore è da noi dovuto a tutti i nostri simili: la riverenza solo a coloro che sono probi e virtuosi. Di qui altro dovere di stima e di riverenza verso una

leciti congiungimenti contribuiscono poco alla propagazione della specie . . . . . La continenza pubblica va naturalmente congiunta colla propagazione della specie. „ Troplong della influenza del Cristianesimo sul diritto civile dei Romani parte 2. Cap. VII.

(1) Liber genesis cap. 1. vers. 26.

(2) Nel libro IV trattato IV. cap. I. si vedrà difeso questo sacro diritto contro gli attacchi di una moderna setta rivoluzionaria.

classe di uomini: di qui il diritto di questa alla pubblica estimazione, e che niuno con ingiurie tenti privarnela.

La legge di amare il prossimo come noi stessi si traduce in questi due precetti: *Non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te stesso: fa agli altri ciò che vorresti fosse a te fatto*. Analizziamoli ambedue.

Il primo precetto deriva dalla reciproca inviolabilità degli uomini. Se l'Ente Supremo li creò tutti a propria similitudine, se li dotò tutti di eguali facoltà, di eguali attributi, di eguali prerogative, come mai potrebbe la di lui giustizia comportare, che gli uomini vicendevolmente si offendessero? E chi non vede, che violando l'umana creatura, sublime opera di Dio, si offende il Creatore? Tu dunque hai il dovere di rispettare il mio diritto, come io ho l'obligo di rispettare il tuo. E per necessaria conseguenza se tu violi il mio diritto e mi rechi un danno, sorge in te l'obligo di risarcirmi il danno stesso. Che se fosse diversamente, non vi sarebbe più la naturale uguaglianza. Tu avresti una maggior somma di diritti al mio confronto, perchè potresti diminuire la somma de' miei senza essere obligato a ridurli alla naturale uguaglianza. Di qui sorge il dovere dell'uomo di rispettare i diritti altrui, e la scambievole facoltà in ciascuno di far rispettare i proprj, che chiamasi *diritto di difesa*.

Non credasi però, che questa uguaglianza *naturale*, ossia *di diritto*, degli uomini sin qui esposta escluda le disuguaglianze di fatto, che fra essi nel concreto delle circostanze si verificano. Chè anzi le stesse disuguaglianze di fatto derivano e sono giustificate dalla primigenia uguaglianza dei diritti. Difatti dall'essere in me e in tutti gli altri uguale il diritto di disporre della rispettiva potenza intellettuale, morale ed operativa ne discende, che se io colla mia fatica, colla mia industria traggo dal mio campo un maggior frutto di quello, che tu meno esperto o meno laborioso traggi dal tuo, io sono legittimamente padrone di quel maggior frutto, nè tu su questo hai alcuna ragione, perchè per averla converrebbe che in te esistesse il diritto di disporre non soltanto delle tue braccia

ma anche delle mie, e in tal caso non saremmo più uguali nei diritti, ma tu ne avresti una somma maggiore. Così se tu per tua oscitanza sei caduto in istato d'indigenza, sì che sei da necessità costretto a vendermi il tuo campo, ed io lo compro, io continuo ad essere proprietario, e tu più no 'l sei, ma ciò pure è una conseguenza della nostra uguaglianza di diritto, perchè in forza di essa tu disponi del tuo campo, ed io del mio danajo. Così finalmente, per non moltiplicare all'infinito gli esempj, se io con perizia militare, con eroico coraggio, col rischio della vita ho guidato i miei concittadini alla vittoria ed ho salvata la patria, e se in conseguenza di ciò la patria stessa mi ha assegnato una distinzione di onore, io avrò diritto di godere di questa, e tu non potrai nè rapirmela nè pretendere di parteciparne, perchè ciò equivarrebbe al voler tu disporre a tuo pro della mia forza intellettiva, del mio coraggio e persino della mia vita. In una parola tutte le disuguaglianze di fatto, che esistono fra gli uomini sulla terra, purchè non derivino da frode o da usurpazione ma bensì dall'onesto uso delle proprie facoltà, sono dalla primigenia uguaglianza degli uomini giustificate, e perciò non ripugnano alla giustizia.

Dal secondo precetto deriva il dovere *di carità*, cioè di prestare al nostro simile tutti quei soccorsi, che possiamo dargli senza il nostro sacrifizio. Dico *senza il nostro sacrifizio*, perchè la giustizia assoluta comanda all'uomo — *ama il prossimo come te stesso*, e non — *più di te stesso*; nè può comandare diversamente, perchè ciò è coerente all'uguaglianza naturale degli uomini, e all'ordine di stima che ne discende. Si noti però bene la differenza che intercede fra i doveri antecedentemente enumerati, e il dovere di cui ora parliamo. Quelli sono tutti di assoluta *giustizia*; questo è di *carità*. Quelli sono generatori di altrettanti diritti loro correlativi, perchè chi li violasse verrebbe a togliere al suo simile un diritto, che è di lui, e contrarrebbe perciò una vera e propria obligazione di riparare il danno a lui recato; questo non è produttore d'alcun correlativo diritto, nè d'alcun obligo a riparazione di

danno, perchè violandolo si offende bensì la legge divina (male gravissimo anzi inestimabile), ma non si toglie all' altr' uomo ciò ch' è suo. E vaglia il vero. Qual' è il significato delle parole — *soccorri altrui?* Esse voglion dire — *disponi di ciò, ch' è tuo, per darlo ad altri.* Ma se è mio, non è dunque d'altrui. Dunque se io non lo do ad altri, potendolo fare senza mio sacrificio, io infrango bensì la legge divina di carità, ma non violo alcun diritto del bisognoso, non reco a lui alcun danno, non ho alcun obligo verso lui di risarcimento.

Dall' esser poi il dovere di carità di soccorrere altrui dipendente dalla condizione, che ciò possa farsi senza il nostro sacrificio, ne discende, che quelle azioni generose, per le quali l' uomo affronta stenti, disagi, privazioni, pericoli per far bene al suo simile, entrano nella sfera della eroica carità, e sono eminentemente meritorie appo l' Ente Supremo.

Si verifica però talvolta nell' uomo un vero *diritto di coazione* verso il suo simile, locchè avviene quando questi o mediante un'azione o mediante un contratto si obliga alla prestazione di un fatto. Così il padre in virtù della procreazione si obliga ad alimentare ed educare la prole: così talvolta il donatario si obliga tacitamente ad alimentare il donante anche senza espresso patto per una condizione sottintesa al contratto di donazione, cioè che il secondo beneficando il primo non abbia rinunciato alla propria conservazione: così il venditore si obliga a consegnare al compratore la cosa venduta, e va discorrendo. In siffatti casi sorge il vero diritto *di coazione*, perchè la ricusa dell' obbligato ad adempiere l' obbligazione contratta verso il suo simile equivale al ritogliere a quest' ultimo ciò ch' era di lui. Quindi è che la detta ricusa contiene l' offesa della giustizia. Questo diritto però, come vedremo a suo luogo, non è mai, nello stato di società civile, esercitabile per mezzo della forza individuale.

Qui è pregio dell' opera il notare che alcuni degli umani diritti da noi sin qui enumerati diconsi *inalienabili*, perchè l' uomo non può, quand' anche il voglia, rinunciarvi. L' inalienabilità si verifica ogni qual volta l' uomo rinunciando al

diritto violerebbe il corrispondente dovere. Inalienabile è dunque il diritto di libertà nel rendere il vero culto a Dio, il diritto del proprio perfezionamento, e, colle debite restrizioni, anche quello della propria conservazione. Diciamo *colle debite restrizioni*; imperocchè può bensì affermarsi con verità, che aliena colpevolmente la propria conservazione chi con bagordi, incontinenze e stravizzi si abbrevia la vita, e molto più il suicida; ma non così può dirsi del martire che per dar gloria a Dio si sottopone alla morte, nè del valoroso soldato, che in guerra dà la vita per difesa del Sovrano e della patria. In questi casi non si verifica la colpevole alienazione del diritto alla vita nè la infrazione del corrispondente dovere, ma invece l'eroico sacrificio di essa per l'adempimento di un altro dovere di sfera più augusta, qual' è quello di render gloria al Creatore, o di procurare col sacrificio di se stesso la libertà, la sicurezza, e fors'anche la vita al Principe ed ai proprj concittadini.

Dopo aver così trascorsa la *seconda serie* de' doveri e de' diritti umani, che vedemmo comprendere *l'ordine di famiglia, la industria, la riverenza ai Superiori, la riverenza alla virtù, l'inviolabilità reciproca degli uomini, il soccorso* (dovere senza correlativo titolo a coazione) *e la coazione,* è nostro debito lo avvertire, che chiunque lede la giustizia assoluta violando quei doveri o quei diritti commette *un male*, e si rende meritevole d' una *pena.*

Diciamo *commette un male.* Questa parola esprime un'idea negativa, cioè la esclusione o la privazione del bene. È indubitato che tutti i doveri e diritti sopra enunciati sono ordinati e diretti al bene dell' uomo, cioè ad avvicinarlo al Bene assoluto. Se sono tali, chi li viola priva se stesso o gli altri del bene correlativo al dovere violato: dunque commette il *male* o verso Dio o verso se stesso o verso gli altri.

Diciamo si rende *meritevole d' una pena.* È questa una verità che discende dall'eterna giustizia di Dio; una verità sì profondamente scolpita nel cuor dell' uomo, che la vediam risuonare sul labbro de' bambini stessi appena snodano la lingua

ad esprimere un concetto. Il fanciullo trienne se mentre procede pacifico per la via si sente da un'altro percosso, volgesi a lui e gli dice *che t' ho io fatto*? E nelle stesse paterne correzioni mentre si umilia allorchè conosce che mancò, si affanna a proclamare la sua innocenza se gli viene apposto un disordine, che non commise. È dunque una verità, che non possiam disconoscere, che non ha d' uopo di dimostrazione.

Dalle premesse discende quest' ulteriore canone della giustizia, dal quale dipende il di lei compimento: *il bene merita premio*, *il male merita pena.*

Ma di quante specie è la pena, che si spetta al mal' oprare dell' uomo? Essa è di tre specie: *divina, naturale e civile. La divina* è quella, la cui applicazione l' Ente Supremo serbò a sè nel compimento eterno dell' ordine: *la naturale* consiste principalmente nel *rimorso*, ossia nel giudizio, che l' uomo colpevole per l' insoffocabile sentimento di giustizia rende contro se stesso, estimandosi meritevole di pena (1): *la civile* è costituita da quel male, che la suprema autorità politica reggitrice dell' umano consorzio fa soffrire al turbatore dell'ordine sociale per risarcire il danno da lui recato al consorzio stesso, e così prestare a questo tutta quella tutela, ch' è umanamente conseguibile.

§. III.

Dicemmo esser legge suprema per l' Uomo il vivere associato ai suoi simili. Chi a ciò dimostrare si appagasse di enumerar gli argomenti, che ci mostrano l' uomo prepotentemente inclinato al viver socievole, n' avrebbe tale copia da non potersene con breve discorso spacciare. L' amore fra i due sessi, quello del padre verso i figli e viceversa, de' fratelli fra loro, il bisogno di soccorso, il timor dei pericoli, la sim-

(1) Le sacre pagine ci dicono, che Caino dopo aver ucciso il fratello esclamò — *omnis qui invenerit me, occidet me.* Luminoso esempio della forza, che ha il rimorso.

patia degli affetti, la compassione, la benevolenza, la gratitudine, l'amor di patria, mille cose insieme ci fanno certi di quel vero. Ma poichè alcuni severi dialettici soggiungono, che inclinazione non è legge, si esamini la cosa a tutto rigore di logica.

Fu notato che Dio creò l'uomo perfettibile, e gl'impose di perfezionare le sue facoltà. Egli dunque deve coltivare il suo intelletto, rettificare sempre più la sua volontà, dirigere la sua potenza esecutrice alle azioni buone, oneste, generose. Per tutti questi tre nobilissimi fini lo stromento efficacissimo, anzi indispensabile, è l'umana società, come a chiunque ha fior di senno apparisce. Solo per la società l'intelletto si adorna sempre più di utili cognizioni, solo per la società il cuore umano si apre ai più nobili e generosi affetti, solo per la società la potenza esecutrice umana giunge a dominare tutte le cose fisiche, a soggiogare gli stessi elementi, e a far servire le une e gli altri ai comodi della vita, e quel che è più, solo nella società ammirar possiamo quelle grandi virtù gratuite, quelle generose azioni, che giungendo al grado eroico della carità avvicinano sommamente l'uomo a Dio. Chi dopo ciò dubitasse ancora della destinazione dell'Uomo alla società, dubiterebbe dell'evidenza stessa.

Ma questa società umana quali elementi costitutivi presuppone? Gli elementi dovranno corrispondere al fine. Il fine è il perfezionamento degli uomini voluto da Dio. Il perfezionamento importa, che ciascun d'essi sia libero nell'esercizio de' suoi doveri e de' suoi diritti, che è quanto [dire che ciascuno sia esente da ostacoli ed impedimenti per parte degli altri nell'esercizio della triplice potenza datagli dal Creatore per perfezionarsi; nella qual cosa consiste la *comune sicurezza*. Ora che cosa si richiede a far sì che ciascuno de' membri associati operi liberamente col suo intelletto, colla sua volontà, col suo braccio al perfezionamento di se stesso e degli altri senza incontrare opposizione o contrasto per parte di alcuno? Si richiede che tutti sieno unanimi nel volere il perfezionamento proprio e degli altri. Ora questa unanimità, che si appella

armonica cospirazione delle menti, delle volontà e delle potenze esecutrici di tutti gli aggregati nel fine sociale, siccome per effetto della varietà degli umani intelletti e del libero arbitrio inerente all' umana natura non può conseguirsi in una maniera *spontanea*, è d' uopo procacciarla coattivamente per mezzo di un *potere prevalente* superiore alle forze d' ogni singolo individuo, ed atta a farsi rispettare da tutti. Dimostriamo queste due proposizioni con un esempio.

Fingasi che due capi di famiglia approdino ad un' isola disabitata, e trovandone dolce il clima, fertile il suolo, salubri le acque, abbondanti le risorse della pescagione e della caccia, risolvano di quivi stabilirsi in perpetuo. Dopo poco più di mezzo secolo per una naturale conseguenza de' matrimonj e delle nascite le due famiglie si sono moltiplicate a segno, che formano una popolazione di più migliaja d' individui. In siffatta moltitudine, per effetto del libero arbitrio inerente all' umana natura, altri sono onesti laboriosi industri, altri neghittosi infingardi violenti. I bisogni sono eguali in tutti; ma mentre i primi trovano nel travaglio i mezzi di sodisfarli, non così avviene dei secondi. Questi ricorrono alle invasioni, alle rapine. Gl' invasi si difendono, e ne' conflitti nelle moltiplici zuffe si hanno spesso a deplorare dall' una e dall' altra parte non poche vittime. Quindi nuove cagioni di discordie, odj accaniti, desiderj atroci di vendette, le quali si vanno ogni giorno moltiplicando. In questo stato luttuoso di disordine uno de' più vecchi isolani riesce ad adunare il maggior numero de' padri di famiglia, e tiene loro questo discorso: » Fino a quando » vorremo noi durare in questo odioso stato di mali? Qual » vita è mai la nostra, se dobbiamo ad ogni istante trepidare » che ci sia tolto il frutto de' nostri sudori, e persino la » stessa vita? Pensiamo, ve ne prego, ad un rimedio, che ci » liberi da tante sciagure. Di questo rimedio Iddio ce ne diede » un modello nella stessa nostra origine. Quando approdammo » a quest' isola, il padre mio e il di lui cugino erano i soli » che regolassero gl' interessi delle due famiglie: i rispettivi » figli n' aveano tale riverenza, che n' eseguivano prontamente

» i comandi, e se taluno di questi cadeva in alcuna colpa, il
» rispettivo padre soggettavalo al castigo, e della paterna mite
» punizione eran ministri gli stessi fratelli. Tutto, dopo ciò,
» ritornava nell'ordine, sicchè quest'ordine non era che per
» pochi istanti turbato. La volontà de' due padri di famiglia
» era la volontà stessa de' respettivi figli, sia che s'agisse
» di portare a coltura un tratto di terra, o di erigere un'abi-
» tazione, o di ridurre a manifattura i prodotti del suolo.
» Vagliamoci di questo tipo. Istituiamo un potere centrico,
» prevalente, cui tutti debbano o volontariamente o coattiva-
» mente obbedire. Diasi questo potere ad un solo o a più di
» noi, ciò poco importa. Basta, che a chi venga conferito
» attribuiscasi il diritto di crearsi una forza, di disporne libe-
» ramente per tener tutti in freno, di soggettare a contributo
» ogni singolo per mantener questa forza, di proclamare il di-
» vieto di tutte le azioni turbatrici dell'ordine con minaccia di
» castigo all'infrattor del divieto, di tradurre all'opportunità la
» minaccia all'atto, di far così cospirare al bene comune le men-
» ti, le volontà, le potenze esecutrici di tutti. Così acquisteremo
» pace, tranquillità, sicurezza; perchè la violenza sarà dal
» castigo repressa, l'infingardaggine dal comando del travaglio
» corretta, la discrepanza delle volontà convertita in concordia
» dalla volontà illuminata del reggitore. Avvertite però, miei
» amati coinsulani, se un tal partito abbracciate, disponetevi
» a sottoporre la vostra forza privata alla forza centrale; non
» vi lusingate in qualunque siasi questione di potervi erigere
» in giudici fra voi ed un'altro. D'ogni controversia sia ar-
» bitro il reggitore. Quindi se alcun di voi pretenderà, che
» un altro lo abbia offeso nella vita o negli averi, guardisi
» dal pigliarne egli stesso vendetta, ma la sua querela porti
» al reggitore, e da lui invochi il castigo del colpevole; chè
» a lui solo può spettarne il diritto; se nascerà disputa sul
» confine del rispettivo campo o cose simili, si chiami il reg-
» gitore a decidere per parte di cui stia la ragione, ed egli
» abbia facoltà di astringere colla forza i contendenti ad os-
» servare il suo arbitrato. Che se presumeste di fare altri-

» menti, il propostovi rimedio svanirebbe; imperocchè se il » privato castigherà il privato, non come castigo ma come » vendetta ciò apprenderassi, e quindi nuove reazioni nuove » vendette verranno alternandosi fino a risospingerci negli at» tuali nostri disastri; e lo stesso accadrebbe se alle questioni » de' privati nostri interessi non s'intendesse posto fine pel » giudizio del reggitore. Nè crediate con ciò di restringere la » vostra libertà. Voi l'avrete anzi maggiore: chè quei diritti, » i quali oggi non potete esercitare di fronte al più forte, » acquisteranno col propostovi mezzo una efficacia di azione, » che invano dalla privata forza vostra od anche de' vostri » congiunti presumereste di trarre. » Il discorso di quel savio è applaudito: vi consentono i presenti: vi accedono volontariamente nella maggior parte gli assenti tostochè vengono istruiti del gran bene, che loro si prepara: vi sono tratti anche loro malgrado i pochissimi, cui piacerebbe il disordine, chè alla volontà della maggioranza non è loro dato il resistere. Si scelgono i reggitori fra i più forti e sagaci dell'isola. Questi assumono il comando: rimane così creato il *potere centrico prevalente*, ossia il *Governo,* ed i beni ripromessi dal savio oratore veggonsi verificati.

Nè credasi, che il consenso di quegl'isolani nel conferire alla precellenza della forza e dell'ingegno il potere prevalente possa chiamarsi *ultroneo*, cioè generato da una volontà arbitra di fare altrimenti. No: essi ben videro, che senza determinarsi ad un tale partito non solo avrebbero perduto irreparabilmente la tranquillità, la pace, la sicurezza, ma straziandosi come fiere sitibonde di sangue avrebbero finito col distruggersi. Quindi l'origine del Governo procede da questa catena di causalità irrepugnabili poste dal Supremo Autore della natura. L'uomo fu creato da Dio perfettibile, e dotato di libero arbitrio, dal cui retto uso dipende il di lui perfezionamento. Questo perfezionamento egli non può conseguirlo, se non mediante la società. L'associazione d'uomini liberi non può consistere senza l'autorità, ossia il *Governo*. Dunque il Governo è manifestamente voluto ed ordinato da Dio.

Ora rimane a vedersi di quante principali specie sia questo Governo. Egli è di tre sorta: *monarchico*, quando l'autorità del comando, ossia la SOVRANITÀ, risiede in un solo (1): *aristocratico*, quando l'autorità stessa viene confidata ad un corpo di scelti cittadini (2): *democratico*, quando il potere imperante è rappresentato dalla volontà del maggior numero espressa nei generali comizj (3). Su di che è da avvertirsi, che anche quest' ultima forma di Governo non può concepirsi senza una gerarchia di superiori. Imperocchè mentre da un lato è inevitabile statuire uno o più, cui sia fatta facoltà di convocare i comizj, altri cui spetti il presiedervi pel buon ordine, e il raccorre i voti, altri, che raffreni colla forza chi tentasse convertir l'adunanza in un tumulto, o soffocare la libera espressione de' pareri, e cose simili; dall'altro lato è pur forza lo scerre uno o più cittadini per attribuir loro il *potere esecutivo*, cioè di fare eseguire ciò che decretò la moltitudine, dappoichè la esecuzione non può mai essere l'opera di migliaja d'uomini, nel qual caso riuscirebbe disarmonica, o per lo meno soverchiamente ritardata.

Il dimostrare poi come la precellenza dell'ingegno sia spesso causa occasionale per conferire il potere a chi la possiede, senza però che questi possa vantare il diritto ad arrogarselo, lo spiegare come il Governo legittimo possa derivare

(1) Così detto dalla greca voce *monos solo*, e *crateo comandare con forza*.

(2) Così detto dalla greca voce *aristos ottimo fortissimo*. L'ammirazione, che i primi popoli ebbero per la forza fisica necessaria a vincere e domare le fiere, e a dissodare la terra per renderla fruttifera, fece sì che nella forza fisica riponessero l'idea della virtù, ond'è che *ottimo e fortissimo* furono due idee significate in origine da uno stesso vocabolo.

(3) Così detto delle greca voce *demos popolo*. V'hanno de' Governi misti, nei quali la Sovranità è divisa fra il Principe ed alcuni Corpi rappresentativi. Chi amasse conoscerne l'indole può consultare il vivente Luminare delle scienze politico-naturali P. Luigi Taparelli nell'Opera, che ha per titolo — *Esame critico degli ordini rappresentativi nella Società moderna*. Roma 1854.

da altre cause oltre quella da noi nel precedente esempio figurata, cioè dello spontaneo consenso delle moltitudini, sono argomenti che appartengono strettamente al gius pubblico, e perciò non è ufficio nostro il trattarne.

§. IV.

Costituita la società civile mediante la *Sovranità* in qualunque delle tre suesposte forme di governo, è a vedersi con maggior precisione quali sieno i diritti e i doveri della Sovranità stessa.

Dicemmo che il fine della umana società è il perfezionamento dell' uomo, e che i mezzi per ottener questo fine sono — *onesta libertà d' azione di ciascuno, sicurezza di tutti.* — La Sovranità deve raggiungere questi mezzi, ed aver quindi tutti i diritti all' uopo opportuni.

La sicurezza di una società civile si distingue in *esterna* ed *interna*. La prima deriva dai rapporti della società colle altre nazioni. Essa si acquista coll' osservare i dettami del diritto naturale applicato alle nazioni (diritto che in forza di questa applicazione acquista il nome di *Gius delle genti* ossia *internazionale*), e col contrarre conformemente ai principj di questo i trattati di pace o di commercio, le alleanze offensive e difensive ec. Dunque la Sovranità non può non essere investita del potere di fare questi trattati e queste alleanze, di mandare ambascerie a tal uopo, d' intimare la guerra ove un urgente bisogno di difesa e di sicurezza il richieda; e tutto questo appellasi *potere esecutivo esterno* (1).

Ad ottenere poi la sicurezza interna, ed insieme con essa l' umano perfezionamento sono destinati due altri poteri così inerenti alla Sovranità, che ne costituiscono l' essenza, cioè 1.° *il potere legislativo* 2.° *il potere esecutivo interno.*

Il potere legislativo si esercita coll' emanare tutte le leggi opportune a conseguire l' onesta libertà d' azione de' singoli

(1) Montesquieu Esprit des Lois Liv. XI. Chap. VI.

cittadini e il perfezionamento di essi. Il potere esecutivo interno consiste nel farle eseguire.

Il complesso delle leggi emanate dalla Sovranità appellasi *diritto politico* dalla greca voce *polis*, che significa città, poichè al dire di Bodino *civitas seu respublica est familiarum rerumque inter ipsas communium summa potestate ac ratione moderata multitudo*. Un tal dritto poi può definirsi — » il com» plesso delle regole moderatrici gli atti umani fissate dalla » umana autorità per far conseguire agl'individui associati si» curezza, libertà d'azione e perfezionamento. —

Vediamo ora quanti sono i rami del diritto politico.

PRIMO RAMO — *Le leggi criminali.*

Se il potere legislativo e l'esecutivo sono destinati a produrre la sicurezza della società e l'umano perfezionamento, debbono far sì che sieno mantenute incolumi

I. la *Sovranità*, cioè che niuno attenti contro la medesima:

II. la *Religione*, cioè che si adempiano i doveri verso l'Ente supremo, e che niuno osi turbare o violare il culto:

III. la *Giustizia pubblica*, cioè che quelli ai quali è confidata una parte del pubblico potere non ne abusino, e che vicendevolmente agli atti di essi sia prestata obbedienza:

IV. la *Tranquillità pubblica*, cioè che niun cittadino nè molti di essi riuniti osino gareggiare colla forza protettrice del governo, arrogandosi un potere spurio turbatore dell'ordine pubblico, e che altresì niuno ardisca far uso mai della forza individuale, tranne il caso della imminente ed improvvisa aggressione, cosicchè il privato in qualunque circostanza, in cui vegga *violati* o *contrastati* i suoi diritti, debba servirsi dell'autorità costituita per farli rispettare:

V. la *pubblica Continenza*, cioè che la tendenza fra l'uno e l'altro sesso serva alle caste e legittime unioni, e non ad una brutale concupiscenza:

VI. la *Sicurezza individuale d'ogni aggregato*, cioè che ogni cittadino sia rispettato in quei beni o diritti, che costi-

tuiscono il suo essere civile, e che sono 1.° la *vita*, 2.° la *integrità del corpo*, 3.° la *libertà della persona*, 4.° l'*ordine di famiglia*, 5.° la *proprietà reale*, 6.° la *estimazione*.

Di assoluta necessità e giustizia sociale sono tutte le suddette incolumità.

Lo è la prima, perchè senza la Sovranità, come vedemmo a suo luogo, non può concepirsi l'esistenza della civile aggregazione.

Lo è la seconda, per un motivo sovrassensibile, e per un motivo politico. Per un motivo sovrassensibile; poichè gli uomini col divenir cittadini non cessano d'essere uomini, e come tali hanno un fine infinitamente più alto d'ogni umano interesse, la partecipazione del Bene assoluto nell'altra vita: ora dimenticar questo fine per gl'interessi mondani sarebbe un degradar l'uomo dalla sua dignità, e farlo bruto anzichè cittadino. Per un motivo politico; perchè la Religione estendendo le sue sanzioni alle azioni interne dell'uomo, indiscernibili per l'umano legislatore, ma che sono base d'ogni fatto sì virtuoso che malvagio, supplisce alla parte debole delle umane leggi, e queste coadjuva e rafforza mirabilmente, cosicchè senza la Religione può dirsi con tutta verità, che il codice più severo scritto ad imitazione di Dracone riuscirebbe impotente.

Lo è la terza, perchè dove non v'ha giustizia, ivi le sociali aggregazioni hanno vita languente ed effimera.

Lo è la quarta, perchè quando in mezzo alla società sorge un potere spurio perturbatore dell'ordine, i cittadini si sfiduciano nel pensare che una forza perversa paralizza la forza protettrice del governo, e questa loro sfiducia avvelena tutti i vantaggi del viver sociale. E d'altra parte se il cittadino, che vede *violato* il suo dritto dalla prepotenza di un altro, o che incontra *opposizione* nell'esercitare il diritto stesso, presumesse di punire nel primo caso l'offensore, o di astringere nel secondo colla forza privata l'oppositore a desistere dal contrasto, sarebbe mai possibile d'impedire la reazione del violatore od oppositore? E non impedendola, a che riuscirebbe la cosa? Ad un conflitto, ad una guerra civile, a una dissoluzione insomma del vincolo sociale.

Lo è la quinta, perchè mentre la continenza pubblica rende le popolazioni floride, robuste, valorose, atte alle più nobili imprese di spirito e di corpo, l'incontinenza al contrario le rende alidite, infermicce, peritose, insufficienti a sostener collo spirito nobili ed astruse meditazioni, e a difender col corpo la nazionale indipendenza (1).

Lo è finalmente la sesta, perchè la società non sarebbe più mezzo di perfezionamento per gli uomini, qualora eglino dovessero trepidare sui proprj beni o diritti, e non ne avessero la sicurezza.

Esclusa una o più delle dette incolumità, il civile consorzio tosto o tardi perisce.

È dunque chiaro, che tutti i cittadini hanno l'obligo di rispettare que'sei rapporti, e di astenersi da tutte quelle azioni esterne, che ne portano la infrazione.

Ma lo smodato amor del piacere, l'intolleranza delle privazioni porterebbe troppo sovente gli uomini a violare i suddetti rapporti, se una forza coattiva non li rimovesse dallo infrangerli. L'esercizio di questa forza coattiva competente alla Sovranità costituisce il *Magistero penale*, il quale costa 1.° della legge scritta, 2.° della sua applicazione.

La legge scritta deve in primo luogo esprimere il divieto di tutte quelle azioni, colle quali possono essere violati i suddetti sei rapporti, e può anche prescrivere l'adempimento di alcune azioni positive, che giovino all'incolumità de'medesimi; il perchè suol dirsi che duplice è l'ufficio della legge, cioè *vietare* e *comandare* (2). I limiti strettissimi del Magistero pe-

(1) Veggasi la nota prima dell'antecedente §. II.

(2) Non senza fondamento si nega alla legge specialmente penale il terzo ufficio, cioè quello di *permettere*. È manifesto che la permissione lascia l'atto, che permette, in arbitrio di ognuno, quindi non importa direttamente alcun obligo; d'altronde la legge per essere tale deve avere il carattere di obligatoria. Replica il chiarissimo Rosmini che *l'obligazione delle leggi permissive non affetta quelli, che vogliono porre l'azione lecita, che sta in loro arbitrio, ma tutti gli altri, ai quali viene di conseguente proibito l'impedire con violenza*

nale circa il comando delle azioni positive si vedranno nel §. VI. di questo capitolo.

Deve in secondo luogo contenere la minaccia di un proporzionato male a chi infrangerà il divieto o il comando della legge stessa con azione positiva esterna o negativa. L'infrazione appellasi OFFESA SOCIALE o DELITTO, e l'infrattore *delinquente*.

L'applicazione poi non fa che ridurre all'atto la minaccia ogni volta che avvenga la violazione.

Il male, a cui il diritto politico, il quale in qnesta parte acquista il nome di *diritto criminale*, sottopone i delinquenti, consiste in un dolore di passione o di privazione, il quale appellasi, come altrove notammo, PENA CIVILE.

Ora è pregio dell'opera il mostrare come nella Sovranità sorga il diritto di minacciare un male a chi infrangerà l'ordine pubblico, e di applicarlo, avvenuta che sia l'infrazione, all'autore di essa.

Per le nozioni premesse nel §. II. anche la pena civile ha il suo fondamento di giustizia nell'eterno canone *il bene merita premio, il male merita pena*, canone, in forza del quale il delinquente perde la sua inviolabilità, e diventa suscettivo di essere assoggettato a castigo. Ma rimane tuttavia a sapersi, come la Sovranità, la quale comunque augusta è pur sempre un Ente finito, abbia diritto di attuare quell'eterno canone nell'ordine mondano facendo soffrire un male al delinquente. La ragione di dubitare potrebbe esser questa, che l'Ente infinito basta a se stesso per conseguire il compimento dell'eterna giustizia.

che quell'azione sia posta da chicchessia. (*Filosofia del diritto vol.* 2. *pag.* 560. §. 2471. *Napoli* 1845). L'osservazione in fatto è giusta; ma chi non vede che considerata così la legge si risolve in un divieto d'impedire l'azione permessa, e perciò in una vera legge proibitiva di abusare la forza a pregiudizio della libertà civile? Difatti una tal legge non obliga quelli, i quali vogliono fare o non fare l'azione, ma quelli che volessero impedirla. Ecco il divieto.

Il dubbio però rimane eliminato e la questione è risoluta, tostochè si ponga in chiaro 1.° che la violazione di ciascuno di que' sei rapporti reca un danno a tutta la civile aggregazione, che chiamasi *danno sociale*, 2.° che questo danno non può risarcirsi in altro modo che coll'applicazione della pena al violatore della legge.

Poniamo mente per ora alla prima proposizione.

Niuna difficoltà può elevarsi finchè si tratti dei rapporti espressi nelle prime cinque categorie. Imperocchè colui, il quale abusando della sua potenza esecutrice esterna commette azioni turbative di quei rapporti, tende per quanto è in lui o a distruggere la civile aggregazione, o per lo meno a farne svanire il fine, lo che equivale. Egli adunque reca un danno *a tutti i cittadini*, i quali sentono al vivo il male che deriva dalla distruzione di quel mezzo, che Dio destinò alla loro sicurezza ed al loro perfezionamento. Questa viva apprensione, da cui non possono sottrarsi nello scorgere la violazione di uno o più dei suenunciati rapporti, costituisce un vero *danno sociale*.

Qui è da notarsi che la somma importanza dei cinque rapporti fin ora considerati fa sì che le infrazioni di essi si appellino *offese sociali di prim'ordine*.

Ma quando si tratta di violazione dei diritti espressi nella sesta categoria, non apparisce sì chiaro a primo aspetto, che la offesa al privato cittadino costituisca un danno sociale per tutti gli aggregati. Ciò è pregio dell'opera il dimostrare.

Tostochè uno degli associati mediante un'azione volontaria esterna reca all'altro una ingiuria in alcuno di que' beni, che costituiscono il suo esser civile, cioè o nella persona o negli averi o nell'ordine di famiglia o nella estimazione, ciascuno de' cittadini considera che l'ingiuriante fu mosso ad agire dall'intemperanza del suo amor proprio, e che adunque trovò od almeno stimò di trovare nell'ingiuria il suo tornaconto. Ne inferisce perciò che altri allettati dalla felice riuscita dell'ingiusto invasore saranno per imitarne l'esempio. Necessaria conseguenza di questo raziocinio si è il pensare che ciascuno

è minacciato ne' suoi diritti. La violazione adunque dei doveri spettanti alla sesta categoria commessa mediante un'azione volontaria esterna oltre il danno *immediato* che reca al cittadino offeso, apporta anche un danno *mediato* o *sociale* a tutti gli altri cittadini, danno che noi intitoliamo *diminuzione della comune sicurezza*, od anche *apprensione pubblica*, lasciando che altri con neologismo gallico lo appellino *pubblico allarme*. E notisi essere indispensabile a produrre il danno sociale, che la violazione abbia i due caratteri di *esterna* e *volontaria* (1); il primo perchè un'azione meramente interna, oltrecchè non sarebbe discernibile per l'uomo se non per confessione dell'agente, non potrebbe giammai ingerire apprensione ai cittadini; il secondo perchè qualora un individuo offendesse l'altro involontariamente si verificherebbe il solo danno *immediato*, e non il *mediato* e *sociale*, perchè l'agente non avendo avuto per fine di raggiungere coll'offesa altrui un vantaggio proprio, non offrirebbe un esempio allettativo agli altri malvagi, nè una ragione ai buoni cittadini di riputar minacciata la comune sicurezza. Ciò si esemplifica e ben si comprende nell'omicidio casuale, ed in quello commesso da un alienato di mente. — L'azione esterna e volontaria poi è produttiva del danno sociale anche quando si dà opera al delitto non con *mezzi diretti*, cioè di necessaria connessione col fine, ma con *mezzi indiretti* aventi connessione meramente probabile col fine criminoso propostosi dal delinquente, del che offre l'esempio il Burlamachi in colui, che lasciasse nella propria camera una pistola carica ed incriccata, perchè un fanciullo entrandovi e maneggiandola ne rimanga ucciso.

E qui si deve avvertire, che siccome il danno sociale sin qui spiegato non è *diretto* come quello delle *offese sociali di prim'ordine*, ma *riflesso*, così le infrazioni da noi prese testè a considerare ricevono il nome *di offese sociali di second'ordine*.

(1) Vedrassi a suo luogo come per lo sviluppo dell'imputazione civile sia necessario, che concorra nell'azione anche *la spontaneità*.

Ora facciasi che quell'uomo violatore dei diritti del suo concittadino venga raggiunto dal pubblico potere e gli sia applicata *esemplarmente* una congrua e proporzionata pena. Tosto nasce la calma nell'animo de'cittadini. Alla trepidazione in loro eccitatasi per la notizia dell'ingiuria fatta al loro simile succede la sicurezza prodotta dalla ragionevole opinione, non solo che il delinquente compreso dal dolor della pena non sarà più per infrangere l'ordine sociale, ma anche che l'applicazione del castigo al medesimo opererà sull'animo de'malvagi un salutare terrore atto a retrospingerli dalla tentazione d'imitare il di lui esempio (1). Ecco come la pena diviene una vera riparazione del danno sociale, il che si verifica anche allorquando la pena stessa venga applicata contro il violatore delle prime cinque categorie di rapporti sociali.

D'altra parte la Sovranità qual'altro mezzo potrebbe mai avere per far cessare il danno derivante alla Società dal delitto? Osserva giudiziosamente il Carmignani, che sarebbe impossibile al Governo il dare a tutti i cittadini una sentinella, che li difendesse contro gli attacchi de'malvagi, e noi per guardare la cosa da un punto più elevato e generale diremo che neppure quel rimedio sarebbe sufficiente, e converrebbe che il Governo con previdenza divina conoscesse tutti quelli, che fossero disposti a commettere le offese sociali di primo o second'ordine, e questi circondasse ad ogni passo di tante sentinelle quante bastassero ad impedire ad essi le infrazioni dell'ordine pubblico. Riconosciuta questa cosa come impossibile, posta come inefficace ed inapplicabile a prevenire i delitti la sanzione de'premj (2), non resta che l'applicazione della pena al delinquente qual'unico mezzo di riparazione del danno sociale. E contro siffatta applicazione egli nulla può opporre; perchè da un lato esso coll'oprare il male ha perduto la sua inviolabilità; dall'altro lo grava per legge naturale la respon-

(1) Carmignani Teoria delle leggi della sicurezza sociale Vol. 2. pag. 86. e 87. Pisa 1831.

(2) Ciò sarà dimostrato nel capitolo I. del libro II.

sabilità di risarcire il danno da lui recato alla società col delitto (1).

Ecco come la Sovranità acquista il diritto di punire. La giustizia intrinseca della pena sta nel canone di legge naturale, che *il male merita pena*. Il titolo nella Sovranità per attuare quel canone anche nell' ordine mondano discende dal dovere, che ha la Sovranità stessa di far cessare il danno sociale derivante dal delitto per tutelare l' umano consorzio e dall' impossibilità di raggiungere questa tutela senza l' applicazione della pena civile.

E qui è di grandissima importanza il notare, che siccome la riparazione del danno sooiale allora soltanto *veramente* si ottiene quando la pena da minacciarsi ed applicarsi all' infrattore della legge ha quei gradi di forza, che sono necessarj a rimuovere la massima parte de' malvagi, se non tutti, dal commettere i delitti, così un carattere essenzialissimo della pena civile è la di lei sufficiente EFFICACIA, principio che si vedrà a suo luogo più estesamente sviluppato. La pena inefficace sarebbe sempre giusta quanto al delinquente, che la soffre, ma non sarebbe giusta quanto alla Società, che ha diritto di raggiungere colla vera riparazione del danno sociale la propria sicurezza, la propria difesa; ed ecco come *l' elemento morale* della pena si congiunge *all' elemento politico*, che in ultima analisi deriva anch' esso da un principio di giustizia, cioè che la Società deve essere difesa, poichè Dio la volle come mezzo di conservazione e perfezionamento per l' uomo.

Raccogliamo ora sotto un rapido sguardo queste ultime nozioni. Fine del diritto politico è la sicurezza ed il perfezionamento. Mezzi ad ottenere questo fine sono *principalmente* designare con leggi chiare e precise il divieto di tutte le azioni esterne portanti infrazione dei rapporti contenuti nelle già esposte sei categorie, e il comando di quelle poche azioni positive,

(1) Vedremo a suo luogo, ch' egli deve anche risarcire il danno fisico proveniente dal delitto, il quale si riduce sempre ad estimazione pecuniaria.

il cui adempimento non solo sia evidentemente necessario all'incolumità de' rapporti stessi, ma anche tale da poter essere coattivamente imposto; e tutto ciò con proporzionata penale sanzione idonea ed efficace a far rispettare il precetto inibitivo od imperativo. In queste leggi è riposto il diritto criminale. Dunque questo diritto forma il primo e più importante ramo del Diritto politico.

SECONDO RAMO — *Le leggi di polizia.*

Si farebbe troppo torto all' umana natura, tuttochè degradata dalla sua originaria perfezione per la caduta del *Protoplasta*, se si credesse che la pena fosse *l' unico* mezzo di frenare e prevenire i delitti. Anche gli uomini non forniti di quella virtù, che fa rispettare la legge anche a costo del proprio sacrificio, possono farsi propendere alla via dell' ordine mediante alcune istituzioni, il cui effetto è quello di menomare gli stimoli e le occasioni di delinquere. I delitti altri provengono da passioni cupide, altri da passioni violente. Alla maggior parte de' primi scemansi gl' impulsi col diffondere nelle masse i mezzi di sussistenza: ai secondi si moderano gl' incitamenti mediante l' educazione morale e religiosa. Ogni savio governo pertanto suole porre sua cura nell' incoraggiare l' industria e le arti, nel proteggere le scienze, nel sopprimere l' ozio volontario, nel favorire il buon costume onorando la probità, nel diffondere più che sia possibile nel popolo l' istruzione religiosa e morale. Questi appellansi *mezzi non coattivi* d' impedire i delitti, per distinguerli dai *coattivi*, che sono le pene. Sì gli uni che gli altri entrano nel dominio della scienza criminale, che meglio chiamar potrebbesi col Carmignani *Scienza della sociale sicurezza*. Le leggi però, che pongono in atto i mezzi non coattivi, chiamansi con vocabolo proprio *leggi del buon governo,* e presso i Francesi *de la police*. Anche noi Italiani abbiamo fatta nostra questa tropologia, attribuendo ad una parte del diritto politico il nome di *leggi di polizia*. Giova però lo avvertire, che l' ufficio di queste leggi ha un regno

più vasto, poichè la *polizia* propriamente detta dividesi in *preventiva, amministrativa e punitiva.* La prima è quella che si occupa a prevenire i delitti con mezzi non coattivi, come testè abbiam detto, per lo che l' ufficio di lei distinguesi col nome di MAGISTERO PREVENTIVO. La seconda si suddivide in due categorie di leggi, le une dirette a procurare una maggiore prosperità al consorzio sociale mediante alcune istituzioni, in cui consiste, per così dire, il fastigio dell' umana civiltà, perchè provvedono allo sgombro alla nettezza alla simmetria delle strade, all'ornato degli edifizj, alla tutela degli aquedotti, de' passeggi, e d' altre cose di uso o diletto pubblico; le altre destinate a prevenire gl' infortunii, che nascer possono dalle cose inanimate, dai bruti, dai pazzi, dall'abbandono a se stessi degl' infanti ecc. La violazione di qualunque legge compresa nelle due suddette categorie appellasi *contravvenzione di polizia*, e suole assoggettarsi a sola pena pecuniaria, o mitissima corporale. La terza consiste nell' esercizio del *magistero correzionale*, il quale ha per istituto lo applicare lievi pene od altri mezzi di emendazione, come sono l' ammonire, l' interdire l' accesso ad un dato luogo, e consimili temperamenti, a quelle azioni nocive, le quali o per la lieve entità del danno fisico o per la deficienza di volontà viziosa non potrebbero andar soggette alla *pena criminale* propriamente detta. Ognuno agevolmente comprende, come tutte le sin qui esposte istituzioni, racchiuse come dicemmo sotto l' ampio nome di *leggi di polizia*, influiscono al perfezionamento dell' uomo, ed entrano perciò a far parte del diritto politico.

TERZO RAMO — *Le leggi civili* propriamente dette.

Dicemmo che l' uomo costituito da Dio in dominatore del mondo fisico può a buon dritto applicare la sua potenza esecutrice alle cose esterne non ancor dagli altri occupate, ed acquistare così la *proprietà reale.* Questo è il modo più generale ed originario di acquisto, che appellasi *occupazione.* Ma nel consorzio civile vi sono cento altri modi di divenire proprie-

tario, per esempio la permuta, la compera, la donazione, la successione, l'accessione colle sue varie specie e simili. Ad evitare che sui caratteri estrinseci, sulla validità, sugli effetti di questi modi sorgano discordie fra i cittadini, le quali sarebbero avverse a quella pacifica convivenza che tanto giova all'umano perfezionamento, deve il governo stabilire in termini chiari e precisi le maniere con cui si acquistano, si conservano, e si trasmettono le cose occupabili. Questo è lo scopo delle *leggi civili* propriamente dette, che anch'esse formano parte del diritto politico. E siccome i diritti, che le leggi civili indicano, le criminali difendono e rendono inviolabili così ha potuto in questo senso dire il Bentham, che il diritto civile è un vasto commentario del criminale.

QUARTO RAMO — *Le leggi economiche.*

Imposta da Dio all'uomo la legge della propagazione della specie, egli vi obbedisce per una tendenza in lui connaturale. Ma la propagazione non può fiorire, ove i mezzi di sussistenza scarseggiano. La natura è in ciò generosa, ma essa vuole essere secondata dal travaglio e dall'industria, senza di che le nazioni impoveriscono. Ad evitare la povertà nazionale, che sarebbe anch'essa avversa all'umano perfezionamento, deve il Governo eccitare e proteggere l'agricoltura, incoraggiare le manifatture e il commercio prestando loro il maggior possibile favore, curare che lo scambio delle derrate colle estere nazioni non risolvasi in un commercio passivo, regolare i tributi in modo che ogni cittadino vi corrisponda in proporzione delle sue forze, mantenere il credito nazionale, e fare in fine che il rappresentativo d'ogni valore, cioè la pecunia, circoli quanto più è possibile nella massa de' cittadini. A ciò provvedono le *leggi economiche* o di *pubblica economia* formanti anch'esse parte del diritto politico.

È facile poi il prevedere, che tutte queste leggi bene attuate ridurranno al minimo numero possibile gli attriti fra i membri collegati, ma non li estirperanno totalmente. Taluno per esempio si dorrà, che sia stato commesso a suo carico un delitto; tal'altro, che dopo avere stipolato l'acquisto di una determinata cosa, il promittente ricusasi di mantenere l'obligazione. Non essendo lecito ad alcun privato cittadino nè d'applicar la pena al colpevole, nè d'usare la forza per astringere altrui all'adempimento d'una obligazione, come fu a suo luogo dimostrato, sottentra all'uopo il potere esecutivo del Governo, che per mezzo de' Magistrati dirime l'una e l'altra questione, condannando od assolvendo nel primo caso l'accusato, e decretando nel secondo o che sia adempiuta l'obligazione se questa fu contratta, o che tacciasi l'asserente se contratta non fu. Nel detto primo caso si ha il *giudizio criminale*; nel secondo il *giudizio civile*. Ma che cosa deve anteporsi all'uno e all'altro giudizio, perchè esso sia retto e corrisponda alla sicurezza e tranquillità sociale? Un procedimento ossia una serie di atti idonei per virtù di logiche forme a scoprir il vero, che faccia acquistare ai Magistrati la certezza morale se trattasi di giudizio criminale, che l'accusato è colpevole o non provato colpevole per condannarlo od assolverlo, e se trattasi di giudizio civile, che la domanda dell'asserente ha o non ha i caratteri di verità. Dicesi che *deve anteporsi*, perchè se i Magistrati pronunciassero senza la suddetta certezza, violerebbero enormemente la giustizia esponendosi nel primo caso al pericolo di far soffrire un male a chi non lo meritò, o di prosciogliere dalla pena un *manifesto* colpevole, e nel secondo di conculcare la naturale uguaglianza degli uomini attribuendo all'asserente o al negante una ragione che non ha. Ora questo procedimento, queste forme, questi atti in somma diretti a svelare al magistrato la verità, i quali non possono lasciarsi all'arbitrio del medesimo senza jattura della civile libertà, come a suo luogo sarà dimostrato, costituiscono il soggetto delle

leggi di procedura sì civile che criminale, anch'esse formanti parte del diritto politico.

§. V.

Dopo aver dimostrato, che al perfezionamento dell'uomo è indispensabile lo stato sociale, dopo avere inoltre fatto vedere che questo stato non può concepirsi senza un Governo, il quale mediante il potere legislativo ed esecutivo gli dia consistenza, è ora indispensabile il ricercare se, mediante la riunione sociale, avvenga alcuna diminuzione, o metamorfosi nei diritti dell'uomo. Se fosse vera quell'*alienazione totale di ciascun associato con tutti i suoi diritti alla comunità,* a cui il Rousseau presume di ridurre l'effetto della sociale unione, verrebbero col preteso patto sociale ad estinguersi tutti i diritti, e sebbene si potesse figurare, che ricevessero quindi dal patto stesso una nuova vita, non si saprebbe nè dove rintracciarli, nè da qual fonte dedurli: in una parola la Scienza politica sarebbe circondata da inestricabili ambagi. Ma di grazia chi non vede, che questo è un sogno? Prima di tutto si potrebbe disputare se l'uomo avesse facoltà di fare questa cessione, e siccome si parla di *tutti* e non di *alcuni* diritti, la risposta sarebbe negativa. Imperciocchè s'egli è vero, come a suo luogo dimostrammo, che alcuni diritti dell'uomo sono *inalienabili*, se egli è vero, ch'ei non può disporre a suo libito nè della sua vita nè della sua libertà personale, è indubitato, che l'alienazione totale immaginata dal Rousseau è una chimera ripugnante alla legge di Natura. Non basta.

Perchè gli uomini s'inducessero a fare un sì enorme sacrificio, qual'è *l'alienazione totale di se stessi co' proprj diritti,* conveniva, che tratti vi fossero dalla necessità. Ma questa necessità come viene dal Ginevrino Filosofo dimostrata? Egli si contenta di rispondere, che *ognuno donandosi tutto intiero, e rendendo così la condizione eguale per tutti, niuno ha interesse di renderla onerosa agli altri.* Con perdono dell'eloquente Scrittore, rispondo col Romagnosi, che ciò proverebbe

al più che l'alienazione non fosse *lesiva*, ma non la dimostrerebbe *necessaria*. Per dimostrare questa necessità, bisognava, che ci facesse vedere non poter sussistere la società senza questa totale alienazione. Ma qui è dove s'incontra un ostacolo insormontabile. Il primario scopo della società è quello di assicurare a ciascuno aggregato il perfezionamento ed il libero esercizio de' suoi doveri e de' suoi diritti, i quali nello stato *eslege* sarebbero esposti a tutte le violazioni del più forte. Ora come si fa a dimostrare, che per guarentire la mia esistenza, la mia proprietà reale, è necessario, che io rinunci alla mia vita, ai miei beni? Noi l'abbiamo veduto in che consiste la società. Nella cospirazione delle menti, dei voleri e delle forze di tutti nel fine del comune perfezionamento, al quale è ordinata la società. Ciò non importa alienazione di diritti. E per verità se l'uomo costituito nello stato sociale viene ingiustamente aggredito e posto in pericolo di morte, si fa forse uccidere? No: egli respinge la forza con la forza, e toglie anche la vita all'aggressore, quando non abbia altro mezzo di salvar la propria: nè di ciò le leggi civili gli fanno alcun carico. Ma voi mi rispondete: le leggi politiche restringono senza dubbio in qualche parte l'illimitata libertà, che l'uomo godrebbe nello stato *eslege*: dunque la società toglie all'uomo od almeno diminuisce i diritti. Di più: se alcuno percuote o ferisce il cittadino, egli non può dopo ricevuto l'oltraggio punire il colpevole: se un altro ricusasi di consegnargli un mobile che gli ha venduto, egli non può da se stesso strappargliclo di mano. Io vi replico in quanto alla prima obbiezione, che quantunque al cittadino venga apparentemente ristretta la libertà in confronto dell'uomo selvaggio, pure in sostanza gli si viene ad ampliare, perchè al cittadino si tolgono molti ostacoli, che nello stato *eslege* gl'impedirebbero di esercitare i suoi doveri ed i suoi diritti. Replico in quanto alla seconda, che il diritto di punire non è, come sarà più ampiamente dimostrato a suo luogo, una facoltà, che possa competere all'uomo nello stato selvaggio; chè anzi questo diritto non ha altra origine, che quella che gli dà la società, e non compete che alla società

intera. Replico finalmente in quanto alla terza, che se il cittadino per ripetere il mobile a sè venduto si serve dei tribunali, non ne viene da ciò, che abbia alienato il suo diritto, ma unicamente si verifica la sostituzione di un mezzo più sicuro ad un mezzo meno sicuro di esercitarlo. Abbiam veduto nel §. II., che l'uomo ha il diritto di *difesa* e quello di *coazione.* Questi due diritti nell'ipotetico stato antisociale egli sarebbe costretto ad esercitarli per mezzo della sua forza individuale, d'onde ne nascerebbe poi l'inconveniente dell'inutilità dei medesimi ogni qualvolta chi praticasse la difesa o la coazione fosse più debole di quello, contro cui viene esercitata. Nello stato di società il cittadino esercita la coazione sempre, e spesso anche la difesa, per mezzo de' tribunali, e così si verifica, che le forze di tutti gli aggregati concorrono alla tutela de' singoli.

La società civile adunque non produce metamorfosi, o diminuzione dei diritti umani, ma unicamente fa nascer l'obligo nel cittadino di valersi delle vie dei Tribunali nell'esercitare non solo il suo diritto di *coazione*, ma quello ancora di *difesa* meno il caso d'imminente pericolo; e di qui deriva quel detto di Tullio — *Nihil est exitiosius Civitatibus, nihil tam contrarium juri, et legibus, nihil minus civile, et humanum, quam composita, et constituta Republica quidquam agi per vim. Lib. 2. de Invent.*

§. VI.

Ora per esaurire la materia propostaci in questo preliminare capitolo due cose rimangono a discutersi, cioè 1.° se il diritto politico possa mai trovarsi in contraddizione o in conflitto col gius naturale: 2.° se il diritto politico abbia la stessa estensione del gius naturale, od invece debba circoscrivere le sue sanzioni entro una sfera più ristretta.

Quanto al primo quesito è agevole il dimostrare, che fra il diritto politico ed il gius naturale non può mai esservi contraddizione o conflitto. — Tutti i doveri e i diritti dell'uomo emanano dalla giustizia assoluta, che è eterna ed immutabile,

ed è il fonte la base del diritto naturale: lo scopo della umana società è quello che l'uomo si perfezioni mediante il libero esercizio de' suoi doveri e de' suoi diritti, e a tutelare un tal libero esercizio nella società è appunto istituito il diritto politico. Dunque questo diritto non fa che attuare nella società, fin dove può estendersi la sua forza, il diritto naturale. Dunque il diritto politico non è che una emanazione del diritto naturale, e se tale è, non può mai essere con questo in contraddizione. Non basta. Fingasi, che una legge politica imponga all' uomo cose ripugnanti alla giustizia assoluta. I cittadini si troveranno nel bivio crudele, o di offendere Iddio violando la giustizia assoluta, o di disobbedire alla Sovranità violando la legge politica. Gli uomini probi e virtuosi preferiranno il secondo partito. Sarà distrutta l'armonica corrispondenza delle menti, delle volontà, delle forze degli aggregati, ma distrutta per colpa de' superiori, non degli inferiori. La società non sarà più diretta al perfezionamento ma all' abbrutimento dell' uomo; non intenta a procurare il libero esercizio de' doveri e de' diritti, ma a soffocare a calpestare gli uni e gli altri. Non sarà una società civile; ma un dominio brutale di pochi o molti contro i deboli. E la legge politica? Essa non potrà appellarsi legge, ma bensì una soperchieria del più forte diretta a far aberrare l' uomo dal Vero e dal Giusto per convertirlo in ischiavo venduto al capriccio dei Dominatori. Quest' ulteriore argomento *ab absurdis* compie la dimostrazione, che ci avevamo prefissa.

Ma poichè pur troppo talvolta si è veduto in diversi luoghi e in diversi tempi pervertirsi il diritto politico a segno da ordinar cose alla ragion naturale ripugnanti (1), così opportunamente il Romagnosi introdusse la distinzione fra *l'ordine positivo di fatto, e l'ordine positivo di ragione*. Il primo è quello che dall'umana autorità vien di fatto stabilito, il secondo è quello che si è dovuto, o si dovrebbe stabilire. Nella parte criminale, che a

(1) Un' esempio se ne incontra anche nelle leggi romane, ove permettono la schiavitù, e specialmente di uccidere lo schiavo.

noi spetta, distinguiamo il primo col nome di *diritto criminale costituito*, il secondo con quello di *diritto criminale costituendo*.

Ora innanzi di entrare nella seconda ricerca, ci è d'uopo rispondere ad una obbiezione, che potrebbe farsi. Se il diritto politico ha la sua derivazione dal diritto naturale, e se i principj di questo emanano dalla giustizia assoluta, che è immutabile, come potrà conciliarsi quella verità, che pur viene dall'esperienza confermata, cioè che due leggi totalmente diverse si sono talvolta riconosciute egualmente buone, applicate a diversi luoghi, a diversi tempi, a diverse forme di governo? Non è difficile di risolvere l'obbiezione.

In qualunque legge convien distinguere la *ragione* dalla *posizione*. La prima significa la *direzione finale costante*, che la legge deve avere: la seconda consiste nel coordinamento dei mezzi al fine, ch' è sempre quello di procurare ai cittadini perfezionamento e libertà d'azione nell' esercizio de' doveri e dei diritti. Ora siccome i mezzi sono soggetti ad infinita varietà giusta le varie posizioni di fatto, in cui trovansi le Nazioni, così avviene in effetto che la legge è spesso *diversa nella forma* quantunque *identica nel fine*. Per questo modo si spiega come due ordinamenti politici affatto disparati nella scelta dei mezzi sono egualmente buoni l'uno applicato in un luogo, l'altro in un altro; d'onde emerge la notissima distinzione fra la *bontà assoluta* e la *bontà relativa* delle leggi. Eccone degli esempj. Un suolo sterile, ingrato, circoscritto da confini marittimi e facilmente accessibili consiglia il Legislatore a volgere ogni sua cura al prosperamento delle arti e del commercio: sì le une, che l'altro dovranno prevalere fino a un certo punto anche all'agricoltura, che impiegherebbe troppe braccia. Un suolo fertile, e senza confini marittimi rende di sommo interesse l'agricoltura: ivi può esser necessario l'interdire le arti più di lusso che di comodo, a cui con troppo trasporto s'applica il popolo sempre inclinato agli esercizj meno penosi. L'estensione soverchia del territorio vuol che si prestino i maggiori favori alle conjugali unioni, che si prevengano con opportuni mezzi le emigrazioni: la ristrettezza di

esso al contrario può consigliare la fondazione delle colonie. Vi fu persino chi disse, poter esser tali le circostanze di una Nazione da dover esigere un continuo stato di guerra; ma l'animo rifugge dall'insegnare sì fiera dottrina, e si può invece con maggiore verità asserire, che una Nazione fondata sullo stato di guerra ha per lo più corta vita, e diviene ben presto preda e schiava di altre. In tutti gli esposti casi adunque è sempre il fine dell'umano perfezionamento, è sempre la stessa ragione, che consiglia in un luogo una legge, ed altrove un'altra del tutto diversa ne' mezzi tuttochè identica nel fine; ed è perciò sempre lo stesso diritto naturale, che serve di guida alla prudenza del Legislatore.

Vediamo ora se il diritto politico abbia la stessa estensione del diritto naturale, ovvero una sfera più limitata.

La maggiore ampiezza del diritto naturale al confronto del politico, e l'obbligo dell'umano legislatore di restringere le sanzioni del secondo entro certi confini, appariranno evidentemente dalle tre seguenti osservazioni.

1.° Il carattere di universalità, che informa il diritto di natura, fa sì, che esso estenda il suo impero su tutti i rapporti ne' quali l'uomo trovasi sulla faccia della terra, e su tutti i doveri, che da quei rapporti discendono. I doveri adunque dell'uomo verso l'Ente Supremo, verso se stesso, verso i suoi simili sono tutti suggeriti, dettati, regolati dal gius di natura. Questo per esercitare un impero così ampio deve necessariamente dirigere e moderare *l'uomo interiore*, ossia regolare persino i di lui pensieri col mezzo della ragione, tanto più che i doveri della prima e seconda classe si adempiono in parte con atti meramente interni. Il diritto politico poi ricevendo la sua essenza dall'umana autorità, e questa non potendo penetrare nei reconditi recessi dell'uman cuore, deve necessariamente lasciare all'infallibile giudizio dell'Ente Supremo tutto ciò che è interno, e limitarsi a moderare le azioni morali esterne. Ecco il primo limite del diritto politico in confronto del diritto di natura.

2.° Un limite di pari indole si verifica nell' esercizio del poter giudiziario. Se potesse aversi, dice l'autore dell'*Assunto primo*, in questo nostro caduco ordine di cose il governo di un Dio, tutto far si dovrebbe in ispirito e verità: i tentativi della simulazione e della frode sarebbero frustranei: la menzogna nulla potrebbe occultare all' occhio scrutatore del Teoerata. Ma non essendo ciò concesso ai mortali, convien giudicare delle cose secondo quei dati di verità, che dall' esterno stato delle cose medesime desumer si possono. Esiste bensì un tribunale di coscienza, che giudica secondo la verità intrinseca; ma questo Tribunale non serve, nè può servire, che all' uomo interiore a fronte di se stesso. Guai se servisse fra uomo e uomo! È d' uopo adunque distinguere due specie, diremo così, di certezza, altra *intrinseca*, di cui fa uso la coscienza dell' uomo nel giudicare se stesso: altra *estrinseca*, che sola può guidar l' uomo a render giudizio sulle azioni del suo simile. Questa seconda dev' essere l' unica regola di sicurezza e di giustizia sociale. Quando adunque la legge politica fissa per norma del poter giudiziario la *certezza estrinseca*, essa si rinserra ne' suoi giusti confini, e non usurpa gli attributi della giustizia *puramente morale*, la quale dall' atto interno dell' uomo, che è la radice dell' umana azione, deduce il primo e principale fondamento per misurare i gradi di bontà o di malvagità dell' azione stessa.

3.° Il terzo limite del diritto politico al confronto del naturale si verifica nell' attuazione del Magistero penale tanto nella parte, in cui vieta, quanto molto più nella parte, in cui comanda. Cominciamo da quella.

Tutte le azioni morali dell' uomo, che abbiano in sè il carattere di male e d' ingiustizia, soggiacciono alla sanzione del gius di natura. Siano pur esse meramente interne; consistano pure in un abuso delle proprie facoltà senza lesione di un terzo, abbiano pure il mero carattere di poca delicatezza. Il gius di natura le colpisce tutte *per lo meno* col rimorso. Qual' è invece il proprio e distinto scopo del Magistero penale? Quello di risarcire il danno sociale. Questo danno da qual causa

deriva? Il vedemmo a suo luogo: dall'azione *esterna, ingiusta, volontaria, ledente* l'essere civile dell'uomo. Ora quanto mai non è esteso il numero di quelle azioni, nelle quali concorrono i tre primi estremi e non il quarto? Il prodigo che dissipa pazzamente il suo patrimonio, l'avaro che tormenta se stesso per cumulare ricchezze, l'intemperante che abusa de' cibi e delle bevande, commettono un'azione esterna, ingiusta, volontaria. Ma cagionano essi il danno sociale? No; perchè il fatto di ciascun d'essi non è atto ad indurre nell'animo de' cittadini l'opinione, che sia minacciata la sicurezza de' loro diritti. Quindi potrà bensì la legge civile decretare un curatore al prodigo, potrà il magistero di polizia usar misure preventive contro quella intemperanza, d'onde nasce l'abituale ubriachezza; ma il Magistero penale non può colpire quelle azioni colle sue armi, riservate al risarcimento del danno sociale. La sanzione penale propriamente detta, e di cui qui parliamo, è un rimedio *grave*, *violento*, che si applica dall'umana autorità: è la retribuzione di un male di passione per un male d'azione giustificata dall'obligo che il delinquente ha di risarcire il danno sociale. Ove adunque il danno sociale non esiste, la pena civile propriamente detta non può applicarsi. Questo terzo limite adunque consiste nella più ristretta sfera della sanzione penale umana al confronto della sanzione naturale. Ed esso non deve confondersi col primo, perchè quello deriva dall'estremo di esistenza *esterna*, che aver debbono le azioni positive umane per cadere sotto le disposizioni del diritto politico; questo emerge dal carattere di *offesa sociale*, che non in tutte le azioni esterne si verifica.

In quanto poi alla parte, in cui il magistero penale comanda, ristrettissima è la sua sfera al confronto del diritto naturale anche a riguardo delle *azioni esterne*. Si richiamino alla mente i sei rapporti, di cui nel §. IV. di questo capitolo. Nel primo il diritto naturale vi dirà di avventurare anche la vita per difesa della patria, nel secondo di affrontare anche il Toro di Falaride per non mancare alla Fede, di esporvi impavido a privazioni a disagi a pericoli se ne sia d'uopo per sottrar-

re il vostro prossimo alla perdita della vita o della innocenza più preziosa della vita stessa, nel quinto di unirvi, se una divina vocazione non vi chiama al sacro celibato, ad una casta compagna in legittimo conjugio per servire alla legge della propagazione e dare alla patria probi virtuosi e religiosi cittadini, e così va discorrendo. Potrebbe mai il magistero penale prescrivere tali e consimili azioni e prescriverle sotto minaccia di sanzione dolorosa? Il ciel ne guardi! Que' nobili e generosi atti, che ora distinguono la candida moralità dell' uomo, ora ne palesano l'eroismo, perderebbero tutto il pregio se anche un mero sospetto, molto più se la realtà mostrasse che furono l'effetto della coazione. Non basta. Sono escluse eziandio dall' impero del magistero penale tutte quelle azioni positive, la cui ommissione potrebbe rimproverarsi a tutti ovvero alla massima parte de' cittadini, per non urtare nello scoglio di una troppo estesa ed inconcepibile applicazione della pena. In somma perchè un' azione positiva sia suscettibile di soggiacere al precetto coattivo del magistero penale, conviene sia tale, 1.° Che la imputabilità della di lei ommissione si restringa in uno o in pochi cittadini: 2.° che la di lei ommissione esponga a manifesto pericolo o una vita sacra come quella del Principe o del Padre, o la salute dell' intero consorzio civile. Ecco perchè tutti gli esempj nel vasto diritto romano di azioni positive comandate con minaccia di penale sanzione si riducono alla *leg. 2. ff. ad leg. Pompejam de Parricidiis*, alla *leg. 9. ff. ad leg. Corneliam de falsis*, e a qualche altra se pur avvi.

Tali sono le nozioni fondamentali, che costituir dovevano l' *Introduzione* a questo nostro Corso di diritto criminale; il quale per abbracciare ordinatamente tutte le vedute della Scienza dovrà in questo *primo* libro sottoporre innanzi tratto a critico esame i principali sistemi escogitati dai Giuspubblicisti sull' origine del diritto di punire, ricercare dippoi nella offesa sociale quale ne sia l' indole, quale il dato estimativo, quali i gradi, quali gli agenti di essa capaci, quale la di lei forza ed estimazione nel concorso di più delinquenti, se e quali le di lei modificazioni tratte dal soggetto passivo, quali le giuri-

diche conseguenze e come cessino, quali infine le divisioni; lo che costituisce il trattato *dei delitti in genere*: dovrà nel *secondo* esporre quanto appartiensi ai *mezzi di difesa* sì *coattivi* che *non coattivi*, di cui valsi la civile aggregazione a repressione della sociale offesa: dovrà nel *terzo* spiegare l'indole i caratteri ed i mezzi del *procedimento*, di cui fa uso la Società per applicar senza errore la pena al colpevole o allontanarla dal capo dell'innocente: dovrà finalmente nel *quarto* discutere i *delitti in ispecie*, ossia l'applicazione delle regole generali ai contingibili casi criminosi; e così formare un quadro compiuto concatenato e sistematico, qual si conviene alla trattazione di qualunque scienza.

CAPITOLO II.

Delle più famigerate opinioni intorno alla origine del diritto di punire.

SOMMARIO

§. 1. *Opinioni del Renazzi, del Rousseau, del Filangeri, del Puffendorfio e del Cremani su l'origine e il fondamento del diritto di punire.*

§. 2. *Origine del diritto di punire secondo i principj del Romagnosi. Riassunto dell'opinione nostra sull'argomento.*

§. 3. *Se il diritto di punire possa derivarsi dal principio della espiazione.*

§. 4. *Si sottopongono ad esame i ragionamenti del Beccaria diretti ad escludere la pena di morte.*

§. I.

Le idee sviluppate nell'antecedente capitolo ci hanno portato a conoscere, che il diritto inerente alla Sovranità di minacciare ed applicare la pena all'infrattore della legge criminale deriva dal duplice elemento *morale* e *politico*, morale cioè in quanto il delinquente commettendo l'azione ingiusta perde la sua inviolabilità, politico in quanto la Sovranità ha diritto di far cessare mediante l'applicazione della pena il danno sociale derivante dal delitto, e così difendere la civile aggregazione. Con ciò noi abbiam sottratto il diritto di punire dal sospetto carattere di *mero stromento politico*, che da taluni scrittori gli si volle attribuire. Il quale carattere a quante pericolose conseguenze possa condurre il vedremo fra poco. Intanto ci basti il notare, che giova più alla pubblica morale il dire ai

popoli *le pene s' infliggono perchè son giuste*, di quello che *le pene s' infliggono perchè sono necessarie*. Della qual verità mostraronsi ben penetrati parecchi rinomati scrittori, che intorno alla *giustizia* del diritto, inerente alla società, di punire i delinquenti esercitarono il loro ingegno. Se non che partendo alcuni di essi da falsi sistemi, recarono tenebre piuttosto che luce sulla questione dell' *origine* di un tale diritto, e furon poi causa, che altri nauseati di quelle ambagi troncassero il nodo gordiano, dicendo essere il diritto di punire un *jus politicae necessitatis* (1). Amanti ingenui, come ci gloriamo di essere della verita, alieni per indole e per dovere come dalla irriverenza ai grandi nomi, così dalla servile idolatria delle opinioni, noi sottoporremo ad imparziale esame quegli erronei sistemi, svelando di alcuni i paralogismi, di altri le pericolose conseguenze. Dopo di che apparirà più luminosa la necessità di attenersi nei rapporti della Scienza, che trattiamo, alla dottrina della riparazione del danno sociale, la quale nel suo progressivo sviluppo si vedrà mirabilmente rannodata (cap. IV. §. V.) colla teoria della spinta criminosa escogitata dal Romagnosi.

L' ipotesi che prima di tutte si affaccia, e che ha sedotto molti, è quella del consenso espresso od almeno tacito degli uomini alla irrogazione delle pene. I seguaci di questo sistema, da noi chiamato *scuola favolosa*, non trovando traccie istoriche del consenso espresso, rifuggono al tacito facendo il sillogismo, che chi vuole il fine, vuole i mezzi che conducono al fine, e che perciò gli uomini avendo acconsentito alla Società, avranno anche acconsentito alle pene, senza le quali la Società non può esistere: sillogismo immaginato dal Rousseau, ed abbracciato con trasporto dal Renazzi. Ma l' ipotesi del consenso cangia i termini della disputa, e non la risolve, restando sempre a vedersi, se le pene sono giuste od ingiuste, poichè, se fossero ingiuste, il consenso degli uomini sarebbe irrito e nullo. Di più abbiam veduto avere l' uomo dei diritti

(1) Carmignani Elem. jur. crim. §§. 21. et 40. Pisis 1823.

inalienabili, e fra questi esservi il diritto alla vita: dunque data l'ipotesi del consenso, con ragione il Beccaria avrebbe proscritta la pena di morte, e con altrettanta ragione potrebbe un altro proscrivere la condanna ai lavori forzati, perchè se l'uomo non ha diritto di togliersi la vita, non ha nemmen quello di accelerarsi la morte.

Comprese il Rousseau la difficoltà, e tentò di rispondervi. *Ogni uomo*, prende egli a dire, *ha diritto di arrischiare la sua vita per conservarla. Si è mai detto che quegli che gettasi da una finestra per isfuggire ad un incendio sia colpevole di suicidio? È stato mai imputato questo delitto a colui che perisce in una tempesta, di cui imbarcandosi non ignorava il pericolo?... Egli è per non essere la vittima di un assassino, che si acconsente di morire, se si divien tale.* Per quanto sia ingegnoso questo ragionamento del Rousseau, è però sempre vero, che tutto il circolo del suo argomento parte dal consenso degli uomini, ed in esso finisce. Per la qual cosa si può ad esso rispondere con un dilemma. O voi pretendete che il vostro Contratto sociale *per sè solo* abbia efficacia di creare la Società con tutti i suoi diritti e doveri: o viceversa ammettete, che esso non faccia propriamente altro che realizzare un fatto voluto dalla Natura, cioè porre l'uomo in quella condizione sociale, alla quale egli non potrebbe per modo alcuno sottrarsi. In questo secondo caso il vostro Contratto diventa una larva una chimera (come infatti è), perchè venite ad ammettere che l'uomo non poteva non esser socievole, non poteva acconsentire allo stato silvestre, non poteva non accomodarsi al viver civile e a tutte le conseguenze che lo accompagnano. In una parola venite a concederci che i diritti e doveri sociali non traggono la loro origine dal consenso degli uomini, *come da causa efficiente*, ma per lo contrario riconoscono la loro esistenza dai rapporti reali e necessarj della Natura; e però se pretendete mostrarci l'origine del diritto penale dovete risalire a questo punto, e cercare nei detti rapporti la sua genesi — Se poi volete sostenere la prima sentenza, voi cadete nell'assurdo di ammettere, che la Società

sia uno stabilimento meramente *fattizio* ed *arbitrario*, che poteva ancora non esistere, od esistere con diritti e doveri diversi da quelli che ha, perchè quando tutto dipende dal consenso, con un consenso contrario si potrebbe anche distruggere il diritto penale. Nè giova il soggiungere, che chi vuole il fine vuole anche i mezzi, e perciò chi ha voluto il fine della Società, avrà voluto anche il diritto penale, come *mezzo necessario*. Imperciocchè con questo discorso si viene a riconoscere una connessione *invariabile giusta e naturale* tra il fine della Società ed i suoi mezzi, si viene ad ammettere, che vi sono dei rapporti veramente naturali, su cui essa è fondata, ed a cui gli uomini hanno dovuto ubbidire nell'aggregarsi, in una parola si viene a confessare la derivazione dalla giustizia del diritto, che ricerchiamo, e quindi ritorna l'obligo di dimostrarla.

Sembra, che il Rousseau non fosse ei medesimo totalmente persuaso del suo raziocinio, perchè poco dopo soggiunge — » che ogni malfattore, attaccando il Diritto sociale, » diviene co' suoi delitti ribelle e traditore della patria: che » cessa di esserne membro, violandone le leggi: che il colpe- » vole facendo la guerra alla Società, ne viene, che la di » lui conservazione è incompatibile con quella dello Stato, » per cui è d'uopo che l'un dei due perisca — insomma conchiude che — il delinquente è un nemico publico, e come » tale non essendo più una persona morale, ma un uomo, » sorge il diritto della guerra, che è quello di uccidere il » vinto. » Se il Ginevrino Filosofo non avesse parlato, che questa sola volta nel suo *Contratto Sociale* del diritto di uccidere l'uomo vinto in guerra, si potrebbe credere, che egli avesse abbracciata su questo proposito una dottrina troppo barbara, adottando senza le dovute restrizioni un simile diritto, ed allora la confutazione del di lui raziocinio avrebbe dovuto cominciare dal combattere questa pretesa illimitata facoltà di uccidere l'uomo vinto in guerra. Ma invece egli medesimo è quello, che in altro luogo dell'opera stessa (Chap. *De l'Esclavage*) accoppiando l'umanità colla giustizia ha soste-

nuto e dimostrato, che i nemici in guerra non possono distruggersi, se non finchè hanno le armi in mano, che è quanto dire finchè non desistono dall'offesa, e che deposte le armi, ossia cessata l'offesa, non si ha più alcun diritto sulla loro vita. Or siccome il delinquente si punisce quando appunto non è più in situazione di offendere, così la disparità fra il diritto della Nazione in guerra e quello di punire è troppo grande per potere argomentare *a pari* dal primo al secondo.

Il Filangeri ingegnoso Scrittore, che la morte ha troppo presto rapito alle italiane speranze, ha tenuto un'altra strada per indagare l'origine del diritto di punire. » Io convengo, » egli dice, che l'uomo non ha il diritto di togliere a se » stesso la vita, e perciò non può cedere questo diritto agli » altri. Ma si può dare mai il caso, in cui l'uomo perda » questo diritto? Se nello stato antisociale un uomo m'assa- » liva per trafiggermi, io aveva il diritto di ucciderlo per » salvarmi. Se adunque io aveva diritto di dargli la morte, » egli aveva perduto il diritto alla vita, poichè non possono » esistere due diritti contraddittorj. Or questo diritto di ucci- » dere l'ingiusto aggressore è quello appunto, che gli uomini » entrando in Società hanno ceduto al Sovrano e che forma » il diritto di punire (1) ».

Premettiamo una breve analisi della fattispecie figurata dal Filangeri per meglio conoscere se il di lui raziocinio asconda o no qualche errore.

Nello stato di dissociazione un uomo mi assale per uccidermi. Avendo io diritto alla vita è indubitato, che ho diritto di rimuovere da me il pericolo di morte con tutti i mezzi opportuni, nella qual cosa consiste la *difesa*. Ma questa rimozione del pericolo posso ottenerla in più modi, cioè, o col distruggere il mio aggressore, o col disarmarlo, o coll'atter-

(1) Anche l'Abbate Mably ha creduto, che il diritto di uccidere l'aggressore nello stato antisociale sia quello, che ceduto dai cittadini al Sovrano costituisca il diritto di punire della Società. (Principes des lois liv. 3. Chap. 4.)

rarlo. Ora sarà lecito a me lo scegliere a mio capriccio fra questi mezzi, oppure non potrò distruggere l'offensore se non nel caso, che gli altri mezzi non valgano a salvarmi? In una parola la morte dell'aggressore dovrà esser *necessaria* per esser giusta? Ridotta così la questione ai minimi termini, intraprendiamone la soluzione.

È indubitato che gli uomini di loro natura sono tutti inviolabili: è indubitato pure, che essi perdono la loro inviolabilità solo commettendo il *male*, ossia un atto ingiusto (cap. I. §§. II. e IV.). Ciò è tanto vero, che se le vite di due uomini divenissero incompatibili pel concorso di avverse circostanze onninamente indipendenti dal fatto di ambedue, ed incompatibili in modo, che l'uno dei due dovesse necessariamente morire perchè almeno l'altro si salvasse, ciò non ostante l'uno e l'altro sarebbero inviolabili, ed ambo avrebbero l'obbligo di rispettarsi vicendevolmente; imperocchè l'uomo deve piuttosto perire, che offender l'Ente Supremo commettendo un'ingiustizia. Ma nell'ipotesi, che ci occupa, è il mio aggressore, che col suo fatto ingiusto ha dato titolo legittimo a me di esercitare contro lui il mio diritto di difesa. Egli dunque ha perduta la sua inviolabilità, mentre io conservo la mia. Ma per vedere sino a qual grado egli l'abbia perduta, definiamo con maggior precisione in che consiste il diritto di difesa. Difendere un diritto significa tutelare il diritto stesso col minor male possibile di colui, contro il quale si esercita la difesa. Difatti se io posso difendere efficacemente un mio diritto col fare a quello che mi offende o minaccia di offendermi dieci gradi di male e ne fo dodici, io fino ai dieci gradi esercito la difesa, ma coi due ulteriori esercito una vendetta. Imperocchè questi due gradi non sono per me *mezzi* di difesa. Se non sono *mezzi* ad ottenere un lecito fine, con qual dritto potrei io usarli? Dunque se io posso disarmare il mio aggressore, se io posso atterrarlo senza distruggerlo, se l'uno o l'altro mezzo basta a salvare la mia vita, io non ho diritto di ucciderlo. Dunque il mio aggressore perde *la inviolabilità della sua vita* allora solo che concorrono queste due cause;

1.° il suo atto ingiusto dell'aggressione, 2.° la necessità di mezzo di conservare la mia vita.

Rivestiamo ora il fatto fin qui esposto di una circostanza. Fingiamo che due o tre selvaggi accorrano alla mia difesa, e che il mio assalitore senza attentare alla loro vita non faccia che raddoppiare i suoi colpi su di me. Potranno quei selvaggi ucciderlo per salvarmi? Senza dubbio, perchè essi concorrono in un atto giusto; perchè il mio diritto si estende e si trasfonde in essi; perchè l'incompatibilità della mia vita con quella dell'aggressore cagionata dal di lui fatto ingiusto rende necessaria e perciò lecita la di lui distruzione. Ma se io cado vittima dei colpi, e se l'assalitore desiste da ogni azione e nulla tenta a danno de' miei difensori, potranno essi ucciderlo? L'atto ingiusto e nocivo è passato: — *factum infectum fieri nequit* — i miei soccorritori non sono assaliti: essi non hanno alcun ragionevole motivo nello stato antisociale, in cui tutti gl'incontri fra uomo e uomo sono effetti del puro caso, di temere, che l'omicida rinnovi il suo delitto a danno loro o d'altri: dunque manca il concorso dei due elementi necessarj per autorizzare la distruzione di un uomo, e specialmente la *necessità*. Dunque in quei selvaggi è cessato colla mia morte ogni diritto di distruggere il mio uccisore (1). Nè la mancanza di que' due elementi potrebbe essere supplita dal fine, che si proponessero que' selvaggi, di erigersi in vindici della violata giustizia; imperocchè siffatta autorità non fu da Dio conferita all'uomo privato (2).

Ritorniamo ora al Filangeri. Se ragionando sulla di lui ipotesi è dimostrato, che il mio diritto di uccidere l'aggressore mi viene somministrato dalla sola *necessità* di conservare la mia vita, s'egli è pur dimostrato, che soccombendo io all'aggressione, questo diritto cessa non solo in me, che più non posso esercitarlo, ma anche in chiunque fosse accorso alla mia difesa, come potrà dirsi, che questo è il diritto che si cede

(1) Romagnosi Genesi del diritto penale Part. I. Cap. VI. e VII.
(2) Liber genesis cap. IV. vers. 15.

dai cittadini al Sovrano, e che il Sovrano esercita col punire i delinquenti? La difesa nello stato antisociale vien posta in opera per prevenire un danno non accaduto; la pena si applica per un danno già seguito: là cessa il diritto di difendere colla consumazione dell'atto nocivo; qui cresce il bisogno di punire colla perfezione dell'atto stesso. La differenza è troppo evidente.

Conobbe il Filangeri la difficoltà, e tentò di prevenirla con due argomenti: 1.° dice essere un assurdo il credere che un delitto tentato faccia perdere il diritto di vita all'aggressore, e che consumato lo faccia rivivere: il secondo preso dal Lock consiste nel supposto, che gli uomini nello stato antisociale sieno depositarj e vindici delle leggi naturali; a provare il quale assunto il Filosofo Inglese addusse la ragione, che le leggi di Natura vollero la conservazione di tutto l'uman genere, e che perciò avranno data a ciascuno la facoltà di fare quant'è possibile per ottenere questo scopo; e lo Scrittore Italiano vi aggiunge a maggior prova quel sentimento di odio che in noi si eccita contro il delinquente al racconto del suo delitto, per cui vorremmo, che il colpevole subisse una pena.

Non è molto difficile il rispondere ad ambi gli argomenti. In quanto al primo giova premettere, non esser vero ciò che suppone il Filangeri, cioè che nello stato antisociale colui che attenta al diritto di un altro perda nel tempo stesso il diritto corrispondente, mentre invece si verifica, che l'assalitore perde in ispecie e quantità sol quanto è necessario alla difesa dell'assalito, e ciò per la ragione poc'anzi spiegata. Ciò posto io domando: È il solo fatto dell'aggressione, che fa perdere all'assalitore il diritto di essere rispettato nella vita, oppure è il fatto stesso associato colla necessità dell'assalito di difendere la propria esistenza? Abbiamo testè osservato, che se l'assalito potesse difendere se stesso senza togliere la vita all'aggressore, non avrebbe diritto di ucciderlo. Dunque è la legge imperiosa della *necessità* associata al fatto ingiusto dell'aggressore, che fa perdere a questo il diritto di essere rispettato nella vita. Dunque la consumazione del delitto togliendo la esistenza dell'assalito, toglie la *cagione*, che assoggettava

l'aggressore a tale perdita, e perciò non è meraviglia, se dopo si estingue quel diritto di trarlo a morte, che prima esisteva.

» La *Natura,* dice Lock, volle la conservazione dell' uman » genere. Ella dunque avrà accordato ad ogni uomo non solo » il diritto di conservare se stesso, ma anche gli altri, e di » fare quanto è possibile per questo fine: dunque ogni uomo » è custode, e vindice delle leggi naturali? Che se nello » stato di Natura niuno avesse diritto di *fare eseguire le leggi* » *naturali, esse sarebbero in tale stato del tutto inutili* ». Prima di rispondere a quest' argomento è necessario avvertire, che l' Inglese Filosofo sotto il nome di *Stato di Natura* intende uno stato di perfetta esclusione d' ogni umana legge e di qualunque terrestre autorità moderatrice delle azioni degli uomini, stato che dimostrammo inconcepibile (Cap. I §. III.). Ciò premesso analizziamo il raziociuio di Lock.

Che la Natura volle la conservazione dell' uman genere è indubitato, ma è del pari indubitato, che per questa conservazione ha destinato dei *mezzi*, e che fuori di questi mezzi venendo frustrata la Natura stessa nel suo piano, non si otterrà mai il fine, che la medesima si è prefisso. Ora da Aristotile in qua, che chiamò l' uomo un *animale politico*, egli è dimostrato, che la Natura destinò gli uomini alla Società civile. Dunque se questo è il mezzo che la Natura si propose come il più opportuno per giungere al fine della conservazione del genere umano, lungi dal renderla ottenibile all' uomo per altri mezzi, doveva rendergliene impossibile per altre vie il conseguimento. Dunque quand' anche la mancanza del diritto di punire nello stato antisociale fosse un inconveniente dello stato medesimo, non sarebbe perciò improvida la Natura, ma sarebbe anzi vieppiù coerente alle proprie mire.

Affermar poi che senza il diritto di punire le leggi naturali nello stato selvaggio sarebbero inutili, è un disconoscere la parte nobile dell' uomo, un negare la sanzione interna e la soprassensibile. Ma si prescinda pure qui da esse. Quella facoltà che io ho di uccidere chi attenta alla mia vita, di strappare dalle mani del ladro la preda, che mi ha rapito, non sono mezzi per

far rispettare la legge naturale? È egli *necessario*, che io abbia anche il diritto di punire colui che ha offeso il mio simile? E quando io l'avessi, non l'avrebbero anche gli altri? Chi di noi sarebbe preferito nel punire? Non basta. Chi deciderebbe nello stato antisociale, se quello che mi sembra colpevole è veramente tale? E con qual norma mi salverei dal pericolo di punire un innocente? Non basta ancora. Nel raziocinio di Lock si pone per giusta la punizione del colpevole, in quanto che ne risulterebbero il terrore degli altri e l'allontanamento di essi dal nuocere ai proprj simili. Ciò presuppone un giudizio, che accerti il fatto, un Magistrato che dichiari la reità, un altro che ingiunga la pena, una forza che la faccia eseguire. Senza tutto questo il castigo inflitto al Selvaggio si prenderà per un nuovo delitto, anzichè per una pena. Dunque ancorchè esistesse nello stato antisociale il diritto di punire, non sarebbe esercitabile (1), e perciò la Natura avrebbe peccato contro la sua economia nel concederlo. Ma, giova il ripeterlo, il diritto di punire nell'ipotetico stato estrasociale è una cosa inconcepibile, è un controsenso, è una chimera.

Dopo ciò io non impiegherò molte parole per confutare l'argomento, che Filangeri pretende dedurre da quel sentimento di odio, che nasce in noi al sentir narrare un'azione ingiusta, contro colui, che ne fu l'autore. Oltre quel che risponde il Romagnosi, cioè che da una legge di sensibilità dell'uomo formato per la Società non è lecito d'inferire l'esistenza di un diritto per l'uomo situato in uno stato del tutto opposto, io credo opportuno l'aggiungere, che il sentimento, di cui parliamo, è abbastanza giustificato dal fine di far sorgere nel cuor dell'uomo un principio repulsivo dal delinquere, per cui non è consentaneo alla logica l'attribuirgliene di assoluta necessità un altro.

Felice nell'immaginare, infelice nel dimostrare fu il Puffendorfio (2), il quale per indicare l'origine del diritto di pu-

(1) Questa verità fu riconosciuta anche dal Filangeri.
(2) De jure Naturae, et Gentium lib. 8. Cap. 3. §. I.

nire si è così espresso: *In quella guisa, che nel mondo fisico dall' unione di più semplici risulta un composto dotato di alcune qualità, che prima in niuno de' semplici rinvenivasi,* in pari modo il diritto penale, che non esiste nello stato di dissociazione, sorge in seno alla Società in forza della riunione dei membri, che la compongono. Dissi felice nell' immaginare, poichè sembra, che con questa sua avventurata proposizione sia venuto ad esprimere, che, costituita la Società civile, la *Sovranità*, ossia quell' impero, a cui spetta il moderare le azioni di tutti i cittadini per farle cospirare al fine della pubblica sicurezza e del comune perfezionamento, sorge investita di diritti, che nell' uomo individuale non esisterebbero, fra i quali deve collocarsi la facoltà di far succedere al delitto la pena e così restaurare la turbata sicurezza sociale. Infelice poi nel dimostrare, perchè lo sterile sviluppo dato da quel Giuspublicista alla sua opinione ha fatto nascere la critica del Filangeri, il quale preso argomento dalla similitudine dell' armonia di più corde sonore usata da quel Filosofo, vi rispose coll' altra similitudine del quadrato, ed infine conchiuse non dover mai le similitudini esser le armi del Filosofo ragionatore. Il fatto però sta, che il Puffendorfio si appose al vero, e da quanto siam per dire nel progresso di questo capitolo si scorgerà, che mancò al Sassone Filosofo non la verità, ma il pregio della dimostrazione.

Finalmente è d' avvertirsi, che alcuni criminali Scrittori di sommo ingegno avrebbero sparsa maggior luce sulla disputa, di cui ci occupiamo, se non fossero stati trasportati da soverchio zelo ad affrontare di slancio la questione sul diritto d' infliggere la pena di morte, senza premettere la ricerca generica sull' origine del diritto di punire, o almeno senza fermarsi su questa quant' era necessario. Chi potrebbe a cagion d' esempio negare una somma profondità di dottrina al Ch. Professore Luigi Cremani, che volendo accennare, se non sviluppare, l' origine generica del diritto di punire, osservò che al Principato appartengono non solamente quei diritti, che sono proprj dell' uomo isolato e silvestre, ma bensì quelli

ancora che dall' indole della Società civile scaturiscono, fra cui primeggia il diritto di punire (1)? Con questo luminoso principio poteva quell' illustre Scrittore condursi al completo sviluppo della questione propostasi; per cui era desiderabile, che vi si fosse vieppiù trattenuto, e che alle sue idee avesse data quell' estensione di argomenti, di cui fece uso nel discutere la pena di morte.

Tali erano le più famigerate opinioni dei Scrittori intorno al diritto di punire, quando sorse il Romagnosi a trattarne nella sua *Genesi del diritto penale* con un complesso di rigorose deduzioni analitiche, ch' è prova di quanto possa un forte ingegno, e che per l' interesse, che ispira, viene da noi nel seguente paragrafo fedelmente riportato.

§. II.

Ecco adunque i ragionamenti del Romagnosi.

Nello stato di dissociazione ho dimostrato che il diritto penale non si verifica. Se adunque egli esiste dovrà essere una conseguenza dello stato sociale. Ma l' uomo tanto nello stato d' isolamento che di società è sempre lo stesso, fornito cioè delle stesse facoltà, delle stesse tendenze, degli stessi attributi; dunque si verificherà per un principio di legge naturale.

Riproponiamo il caso dell' aggressione, e supponiamo che essa avvenga nello stato di Società. La Società ha diritto di conservarsi integra e di difendere i suoi membri, colla distruzione de' quali avviene necessariamente la dissoluzione di lei. Dunque l' aggressione è un attentato tanto contro il cittadino assalito, che ha facoltà di difendersi, quanto contro la Società, che ha diritto di mantenersi integra. Dunque contro l'ag-

(1) Veggasi il §. VII. Cap. V. lib. I. part. II. dell' aurea di lui Opera *de Jure Criminali* stampata in Pavia nel 1791., mentre l' Autore apparteneva a quell' insigne Ateneo nella qualità di Professore del criminale Diritto. Essa è stata riprodotta pei tipi di Alessandro Mancini in Macerata.

gressore insorgono due diritti, quello di tutela dell'assalito, e quello che compete alla Società in favore de' suoi membri e di se medesima.

È cosa ovvia l'osservare, che questo secondo diritto è ben diverso da quello, che abbiam veduto nascere nei selvaggi accorsi in difesa del loro simile assalito, poichè il diritto di costoro non era, che imprestato e trasfuso in essi dal loro simile pericolante, laddove quello della Società è tutto *particolare* e proprio di lei.

Dunque posta la *necessità* di distruggere l'aggressore per salvar l'assalito, la Società nel dare al primo la morte farebbe uso di un diritto tutto suo proprio prodotto dall'indole stessa dell'aggregazione.

Ma fingiamo, che l'assalito soccomba. La Società respingeva l'aggressione per un diritto tutto suo proprio. Sarà egli vero, che questo diritto essendo tanto inerente alla di lei natura continui dopo la morte dell'assalito in modo che ella possa porre a morte l'aggressore o fargli altro male?

Il diritto, che abbiamo attribuito alla Società nell'ipotesi dell'attentato, l'abbiam veduto scaturire dalla necessità di difendere un proprio membro. Colla consumazione del delitto questo membro è distrutto. Ov' è adunque la cosa da difendere? La morte dell'aggressore può forse richiamare dal tempo, che inesorabile e rapido invola il passato, il già seguito omicidio? Non v'è adunque (stando ai rapporti del passato) alcuna ragione per arrecare un male all'aggressore.

Anche il *presente* non può essere origine del diritto penale. L'aggressione *presente* presuppone che tuttora esista l'aggredito, e costituisce la fattispecie dell'attentato da noi testè considerata. L'attuale ricerca è diretta a vedere se abbia diritto la Società di punire un'azione malvagia già irrevocabilmente eseguita. Dunque il *presente* è fuori dei termini di questa disputa.

È indubitato adunque, che se il diritto penale compete alla Società, ciò deve essere *unicamente* in forza dei rapporti coll'avvenire.

Di fatti la Natura sempre costante nella sua legge della conservazione non può legittimare la distruzione di un essere, se non nel caso dell'assoluta necessità di evitare un male *certamente futuro* indotta dal fatto ingiusto dell'essere medesimo.

Dunque si dovrà verificare, che in Società il delitto passato impunito combinato coi rapporti del futuro tragga seco in avvenire un *male certo* alla Società medesima, che colla sola punizione del delitto passato si possa prevenire. Vediamo se ciò si verifichi.

Dove gli uomini sono più tra loro avvicinati, se da un lato è loro più facile l'avvicendarsi i soccorsi, è anche più agevole il nuocersi scambievolmente: di più il maggiore sviluppo delle cognizioni, mentre per una parte giova al miglior ben' essere dell' uomo, dall' altra dà alle passioni una maggiore estensione ed energia, per cui non di rado avviene, che, poste le medesime in conflitto coi diritti dei nostri simili, sorga in noi la tentazione di violarli. L'amor del piacere, l'intolleranza del dolore fanno nascere allora gli atti ingiusti, e v' ha bisogno di un motivo repellente sensibile di eguale o maggiore energia per impedire l'eruzione del delitto. Ora in questa situazione escludiamo per ipotesi il castigo del colpevole. Ogni uomo, su cui la religione e la probità avranno un debole impero, correrà rapidamente ai misfatti, perchè la certezza dell' *impunità* escludendo dal di lui animo il timore di un futuro dolor fisico o morale conseguente al delitto, farà crescere la funesta tentazione di delinquere. Di più in tal caso impiegandosi l'energia delle forze tutte della Società a reprimere l'attentato, si ecciterebbe il malvagio a correre per le vie più brevi alla consumazione del delitto troncando gl' indugj ed abbreviando i mezzi di preparazione. In una parola l' *impunità* dei delitti produrrebbe un contagio politico, che in breve tempo distruggerebbe la Società.

Dunque la Società, che ha diritto e dovere di difendere se stessa ed i suoi membri, ha diritto e dovere di far succedere la pena al delitto come mezzo necessario alla conservazione de' suoi membri e dello stato di aggregazione, in cui

ella è. Fin qui il Romagnosi, il quale in virtù del suo ingegnoso ragionamento conchiude, che il diritto penale si deve definire — *un diritto di difesa abituale contro una minaccia permanente nata dall' ingenita umana intemperanza.*

Ma la pretta idea della sociale difesa è un teorema quanto prezioso per fissare uno dei limiti del diritto di punire, altrettanto imperfetto per mostrarne la giustizia. Esso si riduce al seguente raziocinio. — *io punisco te delinquente per difendermi contro chi domani volesse imitare il tuo esempio. Dunque la ragione della pena che io ti do, non è il male che tu hai fatto, ma quello che altri potrebbe fare.*

Ragionando in tal guisa si viola un principio professato religiosamente dallo stesso Romagnosi, cioè che l' uomo riguardo agli altri uomini non debbe mai adoperarsi come semplice mezzo sendo egli *autoteles*, cioè fine a sè e all' Autor suo; e quel ch' è più si urta in quello scoglio, che è sì importante lo evitare, cioè di ridurre la pena ad un *mero stromento politico.* E non più che stromento politico ella sarà sempre finchè si dirà puramente e prettamente, che la pena si fa soffrire ad un uomo per difendersi contro ciò che fossero per fare gli altri. Il qual concetto è tanto lontano dall'idea di giustizia, che neppur potrebbe onestarsi dicendo che l' applicazione della pena è un mezzo necessario per tenere in vita la società, perchè con questo pretto raziocinio si torna, non volendo, al *jus politicae necessitatis* del Carmignani.

Io non dirò col Cantù (1) che il principio della difesa indiretta adottato dal Romagnosi produca l' assurdo non solo di autorizzare eziandio la condanna dell' innocente circondato da lievi apparenze di colpa, perchè atta anch' essa a spaventare i malvagi, ma anche di rendere incensurabili le pene più severe ed atroci quando l' esperienza le mostri necessarie a far argine al male, ond' è la società minacciata. Contro il primo rimprovero si premunì già il Romagnosi nei §§. 276. e 277. della succitata *Genesi*, e noi potremmo aggiungere a piena apologia

(1) Notizia di G. D. Romagnosi stesa da Cesare Cantù — Prato 1840.

che l' uomo non può togliere a se medesimo, sia perchè la volontaria inflizione a se stesso di un male non produrrebbe quel salutare esempio, ch' è indispensabile alla riparazione del danno sociale. 2.° Che lo stesso diritto non può mai competere nè al cittadino offeso nè ad alcun altro privato, ma solo spetta a quella suprema Potestà, tutrice della sicurezza pubblica, che appellammo *Governo* o *Sovranità*. Questa seconda verità discende dalle nozioni premesse nell' antecedente capitolo, cioè che la punizione esercitata da un privato, oltrecchè susciterebbe una esiziale reazione, si apprenderebbe come un nuovo delitto, anzichè come una pena. Dalle quali cose tutte siamo ammaestrati, che il diritto di punire qui considerato sorge soltanto coll' aggregazione sociale, e sorge come attributo indispensabile ed esclusivo della Sovranità.

§. III.

Una opinione sull' origine del diritto di punire dell' umana Società, che dai moderni razionalisti si è in questi ultimi tempi riprodotta, è quella, che ripete la *ragione finale* della pena civile dal principio di *espiazione*. Viene essa attribuita fra gli antichi a Platone (1), fra i moderni al Capo della scuola ultro-razionalistica Emanuele Kant. Noi ne intraprendiamo un imparziale esame.

Che ogni violazione della morale richiami per giustizia assoluta sul capo dell' autore una pena; che la retribuzione del male al peccato sia un principio indubitato della stessa

(1) Questo grande Filosofo, che fu al dire del nostro Vico appellato *divino*, perchè fondò tutto il suo sistema sulla Provvidenza dell' Ente Supremo, professò per verità un tale principio, ma riconobbe anche nella pena civile lo scopo dell' esempio, come si raccoglie dal seguente brano — *Poenis vero maligni vexantur, non quia peccaverunt, nam quod factum est infectum esse non potest; sed ut posthac et peccatores ipsi, et qui puniri iniquitates viderunt, injustitiam oderint, aut saltem minus in simili vitio peccent.* De legibus dial. XI.

assoluta giustizia, è una dottrina, che sarebbe empietà il porre in dubbio, e che noi stessi avemmo cura di porre per canone fondamentale fin dal capitolo I. §. II. Ma che questo principio costituisca la *ragione finale* della pena, cui l'umana autorità infligge al delinquente, è un teorema, sul quale si può, senza offesa d'alcuna verità rivelata, aprir libera la discussione per vedere se esso debba ammettersi o rigettarsi.

Il delinquente col suo delitto offende Iddio, ed offende l'umana società. In faccia al Primo si rende meritevole di un castigo, la cui misura infallibile è segnata dalla Divina Sapienza. L'Ente Supremo in virtù del pieno ed augusto dominio, che ha sugli esseri da lui creati, può assoggettare il delinquente alla pena *divina*, alla *naturale*, alla *umana* ossia *civile* (1); chè tutte tre queste pene sono nell'ordine soprassensibile *mezzi di espiazione*. In faccia alla Società poi il delinquente perde in virtù appunto di quest'ultimo principio la sua inviolabilità. Ma che il Governo applicando al delinquente la pena civile possa proporsi per fine di fargli espiare il debito contratto colla divina giustizia; che questo fine sia quello che rende legittima la pena civile, egli è ciò, che a noi sembra evidentemente falso. Difatti potrebbe mai il Governo non teocrata dire con verità d'aver ricevuto da Dio il mandato di far espiare ai delinquenti la offesa fatta alla di lui Maestà augustissima? Potrebbe mai il Governo stesso vantarsi di ricevere per così dire ad ogni istante le divine ispirazioni per non errare nella misura della pena? E quel ch'è più troverebbe egli ne' mezzi umani un equo modo di espiazione? Ed è poi in fine necessario, che l'uomo sorga vindice della Divinità? A tutte queste domande l'umana ragione risponde negativamente.

Ciò posto, a noi sembra doversi dire, che il principio della espiazione, o in altri termini il debito contratto verso la Divina giustizia dal delinquente mediante il delitto fa perdere a lui la sua inviolabilità, e così fa che sia GIUSTA la pena,

(1) Di applicazione della pena civile ordinata espressamente da Dio si hanno moltiplici esempj nella storia dell'antico testamento.

che gli viene inflitta. Ma non è la vera *ragione finale* della pena civile, la quale deriva dal diritto e dovere insieme che ha la Sovranità di far cessare mediante l'applicazione della pena il danno sociale, che il delinquente cagionò col suo delitto, danno, che, rimosso il diritto di punire, addiverrebbe si giganteseo da distruggere radicalmente la Società.

Che se poi piaccia in conferma di questa verità lo aggiungere gli argomenti *ab absurdis*, ecco i gravi sconci che deriverebbero dal prendere per ragione finale della pena civile la espiazione.

1.° Se l'umana autorità punisce per fare espiare il male fatto dal colpevole, perchè non estende le sue sanzioni anche alle azioni interne? Ma voi mi dite: *queste non sono discernibili dall'uomo.* Al che vi rispondo, che così dicendo voi fate derivare l'impunibilità delle azioni interne da mera impotenza di conoscerle, soggetta pur talvolta ad eccezioni, e giustificate il tiranno di Siracusa, che fece morir Marsia per aver questi sognato di commettere il regicidio, ed avere avuto poi l'imprudenza di manifestare quel sogno.

2.° Se il fine della pena civile è l'espiazione, perchè non cessa ogni diritto di punire quando l'uomo prova d'avere inflitto a se stesso un mal maggiore di quello che fece col delitto, o di avere con amaro pentimento, con diuturne lacrime e sofferenze espiato il suo fallo? Nè mi replichiate, non esser dato all'uomo di conoscere qual sia il male veramente proporzionato all'espiazione del delitto. Imperocchè con questa replica voi confessate un altro inconveniente della vostra dottrina, cioè quello di non trovar mai una regola di proporzione per l'umana giustizia fra il delitto e la pena.

3.° Per la stessa ragione se l'autore di una grave ferita viene dopo il suo delitto raggiunto da un parente dell'offeso, che si vendica su lui con molte e più gravi ferite, perchè il primo feritore non va impunito? Qual'è il titolo, nella teoria dell'espiazione, per cui l'umana autorità lo assoggetta a giudizio ed a pena?

4.° Se il fine, ripetiamolo pure, della pena civile è la espiazione, come sottrarsi alla necessità di estimar l'atto punibile giusta i suoi intrinseci gradi di moralità, giusta la sua maggiore o minore malizia? E come conoscere questi gradi, che sono profondamente nascosti negli intimi recessi del cuore umano?

5.° Di più, perchè non si applica una pena maggiore alla bestemmia proferita con empia intenzione, che all'omicidio?

6.° Finalmente il principio della espiazione rovescerebbe una infinità di savissime massime ricevute senza contrasto nella giurisprudenza criminale, e adottate in tutti i codici de' popoli inciviliti, delle quali agli opportuni luoghi noi renderemo la ragione; converrebbe cioè colpire di pena eguale il conato e il delitto consumato, sottoporre a castigo le intenzioni di delinquere manifestate con atti perfettamente inidonei a nuocere, le quali l'umana legge trascura, bandire dal diritto criminale le prescrizioni, e strappar di mano alla Sovranità il diritto di far grazia, che forma il più bell'ornamento della corona (1).

Conchiudiamo adunque. Il diritto di punire non si può coi fautori del contratto sociale derivare da un consenso espresso o tacito degli uomini, nè coi puri *utilisti* dal solo principio della difesa indiretta, nè in fine coi *razionalisti* dal mero principio della espiazione; ma invece convien derivarlo dal teorema di giustizia sociale, che testè abbiamo spiegato.

§. IV.

Sul declinare del passato secolo risorgeva in Europa una disputa, alla cui trattazione concorsero i più splendidi ingegni, cioè: se *le società civili abbiano il diritto di punir colla morte i delinquenti*? Avevano già difesa l'affermativa Montesquieu, Mably, Rousseau e Filangeri, quando entrando in are-

(1) Veggasi il ch. Prof. Napolitano Pasquale Stanislao Mancini nelle sue lettere a Terenzio Mamiani sulla Filosofia del diritto. Firenze 1844.

nà a sostegno della contraria opinione un bell' ingegno milanese, il Beccaria, con quel suo opuscolo, che intitolò *dei Delitti e delle Pene*, ed in cui la piccolezza della mole fa bel contrasto colla vastità delle materie che vi si discutono, sembrò aver trionfato d' ogni competitore con argomenti adorni di tutto il prestigio dell' eloquenza, ai quali per la tendenza propria di quei tempi si gareggiò nel far plauso. È forza però confessarlo, che i suoi ragionamenti non avendo il pregio di una severa logica non sciolgono la questione. Il perchè a noi, che scriviamo principalmente per istruzione degli apprendenti, due doveri incombono, cioè 1.° di mostrare i paralogismi, che si ascondono nella polemica di quell' altronde chiarissimo scrittore: 2.° di esporre il nostro modesto sentimento sur una disputa di tanta importanza. Al primo ufficio è destinato il presente paragrafo. Del secondo ci sdebiteremo nel cap. IV. di questo libro.

Prima di tutto giova l' avvertire, che il Beccaria appartiene alla classe de' filosofi *convenzionalisti*, di quelli cioè che deducono il diritto di punire dal consenso degli uomini. Per lo che tutta la prima parte del suo ragionamento, la quale consiste nel sostenere che gli uomini non avendo il diritto di disporre della propria vita non potevano acconsentire ad esser puniti colla morte, può da noi senza taccia d' inesattezza essere trasandata: chè altrimenti dovremmo incorrere in superflue ripetizioni tornando sopra una dottrina già trionfantemente confutata a suo luogo. Passiamo dunque senza indugio agli altri di lui argomenti.

Non è, dice egli, *l' intensione della pena che fa il maggiore effetto sull' animo umano, ma l' estensione di essa, perchè la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime, ma replicate impressioni, che da un forte, ma passaggero movimento.* A ben giudicare del valore logico di questo argomento è d'uopo premettere, che il Beccaria ha inteso qui di parlare non dell' impressione, che il castigo fa su chi lo soffre, ma di quella che esso opera sull' animo di coloro, che lo vedono soffrire. Nè può egli aver intesa la cosa

diversamente, perchè avendo definite le pene *ostacoli politici, che la legge oppone ai delitti* (1), sarebbe stato incoerente al proprio sistema se nella pena avesse considerato la sensazione, che da essa deriva sul paziente. Ciò premesso consultiamo la fisiologia e l'esperienza. L'una e l'altra concordemente ci insegnano, che una forte ed insolita scossa lascia una profonda e quasi indelebile traccia nel nostro animo, laddove al contrario una scossa poco meno energica, qualora venga spesse volte replicata, ci riesce alla fine leggermente sensibile ed incapace di vincere le tendenze della volontà. La Fisiologia spiega questo fenomeno coll'apprenderci, che l'impressione degli oggetti esterni sui nostri organi non può non esser tanto più viva, quanto più insolita, perchè gli organi stessi per la legge dell'inerzia ad ogni nuova impressione oppongono una specie di resistenza che rende quella più sensibile all'anima, talmente che le medesime scosse reiterate non solo non incontrano più coll'andar del tempo la stessa resistenza, ma trovano nei nostri nervi una somma facilità a ripetere i medesimi movimenti, facilità che rende minima e sfuggevole la sensazione. L'esperienza poi ci offre continue prove di questa verità, come può arguirsi dal seguente esempio. Tutti sanno quanto mai il popolo è trasportato per gli spettacoli. Fate che una comitiva di atleti annunci, che esporrà al pubblico una serie di esercizj ginnastici alla foggia di quelli dell'antica Grecia. Vedrete accorrere in folla la moltitudine, far ressa per entrare nel circo, restar muta ed estatica ad ammirar la forza e la destrezza di que' gareggiatori. L'impressione, che ne riceve la massa degli spettatori è *massima* al primo vederli, *media* dopo alcuni giorni, *minima* fino alla indifferenza quando lo spettacolo è lungamente reiterato. Veniamo ora alla pena, ed istituiamo il confronto fra l'effetto che deriva dal vedere i condannati ai lavori perpetui, e quello che sorge nell'assistere ad una esecuzione capitale. Prima d'ogni cosa i servi della pena non sono dappertutto sotto gli occhi del pubblico. In

(1) Dei delitti e delle pene §. XXIII.

ogni Stato v' hanno alcuni speciali luoghi ov' essi travagliano. Essi sono invisibili per 99 centesimi *almeno* della popolazione. Quegli stessi poi, che tutto giorno li vedono transitare diretti al lavoro, li mirano alla fine per l' effetto dell' abitudine con occhio d' indifferenza, molto più se sul loro volto apparisca quella calma, che l' uomo di sua natura acquista appena si è abituato agli stenti della sua condizione: chè non senza ragione è il proverbio *ab assuetis non fit passio.* Ma ciò non è tutto. Se il sistema penitenziale delle carceri tanto raccomandato dalla morale e dalla religione e tanto diffuso già in Europa, va a generalizzarsi, come avranno i mal' intenzionati le minime ma replicate impressioni, di cui parla il Beccaria? Tutti sanno, che il sistema penitenziale importa di necessità l' isolamento, non diciam totale, chè in tal caso non è senza gravi pericoli, ma almeno tale che impedendo costantemente ai condannati il vedersi e parlarsi fra loro, il vedere e parlare con estranei, abbiano essi il solo contatto dei deputati di carità, dei maestri d' arte e dei Ministri della Religione. Ecco sottratti i condannati alla vista del pubblico e sottratti per un fine sì sacrosanto, che sarebbe empietà il repugnarvi: ecco fatte impossibili le replicate impressioni, di cui parla il Beccaria (1). Volgiamo ora lo sguardo all' esecuzione capitale. L' impressione che ne ridonda nel pubblico è insolita, perchè non può revocarsi in dubbio, che l' estremo supplizio dev' essere in rarissimi casi applicato. Ma essa è forte, energica, tremenda. Ne sono immensamente scossi non solo quelli, che vi accorrono, ma persino coloro che per lodevole sensibilità sfuggono dal vederla. Fra questi, taluni s' involano persino al luogo, dove l' esecuzione avviene; ma si legge la mestizia sul loro volto, che li accompagna ovunque si rifuggono. Tanto è l' effetto terrifico della pena di morte!

(1) Adottandosi il sistema penitenziale, e, dicasi pure, anche finchè dura l' attual sistema di applicazione delle pene croniche e perpetue, è necessario far precedere a tutte le condanne di simil genere una solenne promulgazione di sentenza, dalla quale risulti l' esempio rapido, ma efficace.

La pena di morte, soggiunge il Beccaria, *diviene uno spettacolo per la maggior parte, ed un oggetto di compassione mista di sdegno per alcuni: ambedue questi sentimenti occupano più l'animo dei spettatori, che non il salutare terrore che la legge pretende ispirare.* Che il basso popolo accorra ad un'esecuzione capitale come ad uno spettacolo, è cosa certa, perchè confermata dall'esperienza: ma che da questo primo moto ne nasca un sentimento capace di sopire il salutare terrore che ispira la pena, ciò è manifestamente falso. Pare, che qui si confondano insieme due cose. Altro è il motivo che spinge il popolo ad accorrere alla capitale esecuzione, altro è il sentimento che dopo nasce al vederla: il primo è un moto di curiosità: il secondo è il terrore, in cui consiste il publico esempio. E siccome quest'esempio publico è tanto più completo quanto più generale, così il principio della curiosità facendo muovere una moltitudine d'individui, giova mirabilmente all'esempio stesso. Se poi l'irrogazione della pena di morte eccita compassione mista di sdegno in alcuni, questo inconveniente non nasce dall'indole della pena, ma dal difetto delle leggi criminali. Quando si condannava allo stesso supplizio il ladro e l'assassino, quando un furto domestico di pochi scudi era equiparato nella pena al veneficio, allora accadeva bene spesso, che la vista dell'estremo supplizio eccitasse compassione e sdegno ad un tempo. Ma quando questa pena, lungi dall'essere inutilmente prodigata, non è riserbata che a pochi ed estremi casi, in cui l'intimo senso degli uomini, talvolta buon consigliere quanto il meditar del Filosofo, suggerisce esser d'uopo di estremi rimedj, è ben difficile, per non dire impossibile, che il voto publico si ponga in contraddizione colle viste del Legislatore. Non attribuiamo dunque all'indole della pena quello che è l'effetto di ben diverse cagioni.

Perchè una pena sia giusta, prosegue l'eloquente Filosofo, *non deve avere che quei soli gradi d'intensione, che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti. Ora non v'è alcuno, che riflettendovi sceglier possa la totale e perpetua perdita della*

propria libertà, per quanto avvantaggioso possa essere un delitto. Dunque l' intensione della pena di schiavitù perpetua, sostituita alla pena di morte, ha ciò che basta per rimuovere qualunque animo determinato. La maggiore di questo sillogismo è giustissima: essa contiene una verità tanto certa in politica, quanto è certo in Matematica, che la somma dei quadrati dei due cateti è eguale al quadrato dell' ipotenusa: una verità che sarà nostra cura di dimostrare luminosamente nel capitolo IV. di questo libro. Ma la minore del sillogismo esigeva una condizione di più per render legittima la conseguenza. Niun uomo posto nell' alternativa d' incontrar *con certezza* la schiavitù perpetua, o di rinunciare ai vantaggi di un delitto, preferirà il primo partito: voglio concederlo; ma la speranza dell' impunità che accompagna sempre i delitti più gravi e spaventevoli, non deve forse entrare nei calcoli del politico? I più gravi delitti presuppongono la premeditazione e lo studio dei più occulti mezzi per eseguirli, e il Legislatore che sa di doversi servire di mezzi umani e di argomenti tutti dedotti dall' esterno per giungere alla morale certezza del delitto e del delinquente, ben prevede, che di dieci colpevoli un quinto almeno sfuggirà la pena per mancanza di prove. Se adunque l' animo umano non di rado arrischia di esporsi ad un male, sebben grave, per conseguire un utile od un piacere quando offrasi a lui la lusinghiera speranza di evitare il mal minacciato, sarà dimostrato, che la pena non solo dovrà avere quei gradi, che bastino a controbilanciare i vantaggi dell' azione criminosa, ma anche qualche grado di più per controbilanciare l' incertezza della pena originata dall' indole del delitto (1). Dunque, quand' anche la schiavitù perpetua avesse quei gradi d' intensione che bastano a vincere le attrattive di qualunque delitto, potrebbe non essere in taluni casi sufficientemente efficace, calcolata la speranza dell' impunità inseparabile dall' indole di alcune azioni criminose.

(1) Questa verità si vedrà pienamente dimostrata nel Capitolo IV. di questo Libro.

Ma il Beccaria va più innanzi, e pretende, che la schiavitù perpetua abbia maggior efficacia di atterrire i futuri delinquenti, di quello che la morte, e se ciò fosse, la disputa sarebbe inappellabilmente vinta per di lui parte. Egli così ragiona — *Moltissimi riguardano la morte con viso tranquillo e fermo; chi per fanatismo, chi per vanità che quasi sempre accompagna l'uomo al di là della tomba, chi per un ultimo e disperato tentativo o di non vivere o di sortir di miseria; ma nè il fanatismo, nè la vanità stanno fra i ceppi e le catene, sotto il bastone, sotto il giogo, in una gabbia di ferro, ove il disperato non finisce i suoi mali, ma li comincia.* — Se le circostanze della Società sono tali che si commettano delitti per fanatismo o per vanità che anch'essa riducesi al fanatismo, nè i tormenti nè la morte nè la schiavitù perpetua potranno essere argine al male che inonda. Allora rimedj di diversa tempra abbisognano, fra i quali il più importante è la educazione publica e l'istruire i popoli sui loro veri interessi. Il fanatismo disprezza la morte, ma disprezza anche la schiavitù perpetua, e qualora temesse più questa della morte, chi può costringere il fanatico reso schiavo a rimanere in vita? Forse la Religione? Ma la Religione esercita essa il suo impero su chi per fanatismo commette il delitto? In quanto a chi si trova nell'alternativa o di non vivere o di uscir di miseria, oltrechè quest'alternativa è assai difficile a verificarsi presso una nazione ben governata, io credo che l'uomo qui figurato farebbe agevolmente questo dilemma — *o il mio delitto resta impunito, e ne colgo il frutto: o cado nelle mani della giustizia, e sarò schiavo, ma non languirò ad ogni istante per mancanza perfino di un ammuffito pezzo di pane.* — Dico che farebbe questo dilemma, perchè nè il bastone, nè il giogo, nè la gabbia di ferro sono adottabili a danno di un uomo separato per sempre dalla Società, e posto nella fisica impossibilità di nuocere. La Religione e l'umanità vietano di porre ad ogni istante nella disperazione un uomo destinato a vivere ed a rendere coi suoi lavori qualche servigio alla Società offesa. Quello sarebbe un esempio di atrocità peg-

giore della esecuzione di morte, e poco dissimile dalla crudeltà di Tiberio, il quale al suo nemico, che chiedea fra i tormenti la morte, rispondeva — *sono io forse teco riconciliato?* —

Non illudiamo noi stessi. L'ingegnosa filantropica eloquenza di un autorevole Filosofo potrà rivestire dei colori di verità il paradosso, che la schiavitù perpetua atterrisca più della morte, ma l'intimo senso ci persuade il contrario. E per verità non vedrebbonsi i rei condannati allo estremo supplizio invocare con tanto fervore il giudizio di appellazione per commutare la perdita della vita nella perpetua condanna ai lavori forzati, se nella loro immaginazione la prima fosse men dura cosa della seconda.

Ma nel mentre l'imparziale amore del vero ci ha suggerito queste osservazioni, non dobbiamo dissimulare che il milanese scrittore nel volgere gli sforzi del suo ingegno alla proscrizione della pena di morte confessava di far dipendere l'adempimento di un tale suo voto da alcune condizioni sociali, che a suo dire sarebbero » il tranquillo regno delle » leggi, una forma di governo per la quale i voti della na- » zione siano riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro » dalla forza, e dall'opinione forse più efficace della forza me- » desima, dove il comando non è che presso il vero Sovrano, » dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità. » E noi potremmo aggiungere che anche con quelle felici condizioni di cose si sono veduti astretti talvolta i legislatori a dover richiamare in vigore la pena di morte che avevano abolita, come per ben due volte avvenne nella gentile Toscana (1). Ma guardiamoci dal preoccupare una questione, che ad altro luogo serbammo, e contentiamoci per ora di osservare, che la pena, di cui trattasi, è un rimedio *estremo*; per lo che, presuppostane la legittimità, sarà sempre da riservarsi ai casi estremi, e la parsimonia della di lei applicazione mostrerà il trionfo, che nel cuore del Supremo Imperante ottengono la umanità e la giustizia.

(1) Carmignani Teoria delle leggi della sicurezza sociale. Vol. III. pag. 159. e 160. Pisa 1831.

CAPITOLO III.

Della natura del Delitto

SOMMARIO

§. 1. *Etimologia della parola* delitto, *e sua distinzione in naturale e civile.*

§. 2. *Dell' imputabilità morale.*

§. 3. *Origine dell' imputabilità politica.*

§. 4. *Caratteri che distinguono l' una dall' altra imputabilità.*

§. 5. *Definizione del delitto.*

§. 6. *Del dolo e della colpa.*

§. 7. *Delle varie distinzioni del dolo.*

§. I.

La parola *delitto* proviene dalla latina *delinquere*, che non è che un accorciamento della parola *derelinquere*, *abbandonare*. Quindi il suo senso etimologico è quello di *abbandono*, ossia *volontario recesso dell' uomo da una regola di condotta.*

Questo significato però è sì generico, che comprende qualunque violazione della legge naturale. Il perchè, avuto riguardo alla maggiore ampiezza di questa al confronto del diritto politico, piacque ad alcuni Scrittori di distinguere il delitto in *naturale* e *civile*; posta la qual distinzione la prima nomenclatura sta a significare *la violazione di qualunque legge, cui l' uomo sia tenuto di osservare*, e la seconda denota — *la violazione di quelle leggi, che l' umana autorità tutrice del consorzio civile promulga per guarentire ai cittadini la sicurezza ed il perfezionamento.*

Ma con ciò noi intendiamo di dare una nozione, piuttostochè una definizione del *delitto civile*. A raggiungere questa è necessario cercarla nella economia delle azioni umane combinata colle basi fondamentali del magistero penale. Questo è ciò, che va a farsi nei seguenti paragrafi.

§. II.

Tre principali facoltà esistono nell'uomo, l'intelletto, la volontà, e la potenza esecutrice ossia la potenza di agire esternamente. L'intelletto percepisce le idee, in forza delle quali poi la volontà si determina. La determinazione della volontà ora rimane nei confini del mero pensiero, ed allora si ha un'*azione* meramente *interna*; ora viene susseguita dalla esecuzione per parte della potenza di agire di quanto la volontà ha determinato, ed in questo caso si ha eziandio l'*azione esterna*. Ambedue diconsi *morali*, perchè derivanti dalla volontà dell'uomo. La volontà umana poi quantunque per una legge impressale dal Creatore non possa non volere il bene generale, pure sente di poter non volere un dato bene particolare, e di poter scegliere fra più beni particolari. Questa facoltà, inerente alla volontà, di poter determinarsi o non determinarsi alla scelta del bene particolare chiamasi *libero arbitrio*, o come altri dicono *libertà di volere*, o libertà *a necessitate*. Non può darsi di essa prova migliore di quella che nasce dall'intimo nostro senso.

Qualunque esterna umana forza non potrebbe mai costringere l'uomo a disvolere ciò che vuole, o a volere ciò che non vuole; d'onde il celebre detto di Epitetto — *non vi è nè ladro nè tiranno della volontà.* — Come infatti la volontà che è potenza del puro spirito potrebbe essere soggiogata dall'azione de' corpi?

Dopo che poi la volontà si è determinata ad un'azione esterna, l'uomo sente ancora in se stesso il potere di eseguirla o non eseguirla, come pure di sospenderne l'esecuzione. Anche questo potere ha il carattere di libertà. Perlochè

la libertà dell' uomo si distingue in *libertà di volere* e *libertà di agire.*

La libertà di volere vedemmo essere insoggiogabile da qualunque umana potenza. Ma non può dirsi lo stesso della libertà di agire, come ci facciamo a dimostrare. In due casi viene ad esser tolta e distrutta la nostra libertà di agire: 1.° quando si esercita una forza meccanica sul nostro corpo in modo da renderlo materiale stromento della forza altrui. Questa chiamasi *violenza fisica*, e l'azione che ne risulta acquista il carattere di *meccanica*: 2.° quando una potenza esterna mediante la *minaccia presente e inevitabile di un grave detrimento alla nostra persona* ci pone nell' alternativa o di agire in un determinato modo, o d' incontrare il detto male; nel qual caso sovente avviene che la volontà per evitare il mal minacciato obbedisce colla sua potenza esecutrice all' impero del timore: allora vuole l' azione esterna, ma la vuole soltanto come mezzo di difesa: allora non può dirsi che si verifichi nell' uomo la libertà di agire, perchè l' essenza della libertà di agire sta nella facoltà di poter eseguire o non eseguire ciò che la volontà ha determinato senza sacrifizio della propria incolumità. In questo caso la *violenza* dicesi *morale*, e l' azione esterna che ne risulta ha bensì il carattere di moralità, perchè è volontaria, ma non ha quello della libertà, e dicesi *volontaria coatta*. Le azioni morali esterne, ad eseguir le quali non siamo spinti dal timore inevitabile, si dicono *spontanee*, e la *spontaneità* si definisce — *quell' attributo della umana azione morale esterna, che in essa si verifica quando l' uomo nell' atto di eseguirla si trovava in facoltà di ommetterla senza pericolo della propria conservazione.*

Da quest' analisi risultano le seguenti divisioni delle azioni umane. Sotto il rapporto della discernibilità per parte degli altri si dividono in *interne*, ed *esterne*. Sotto il rapporto della volontarietà si dividono in *volontarie* ossiano *morali*, ed *involontarie* ossiano *meccaniche*. Sotto il rapporto della spontaneità si dividono in *volontarie spontanee*, e *volontarie coatte*.

Ciò premesso, allorchè l'uomo viola le leggi naturali o con un atto volontario interno, ch'è sempre il prodotto della sua libertà di volere, o con un atto volontario esterno sia spontaneo sia coatto, conosce benissimo che quell'azione procede da lui come principio produttore di essa, e che perciò è a lui *imputabile*. Ecco l'origine dell'*imputabilità morale*, che può definirsi *quell' attributo dell' azione, che deriva dalla volontarietà, con cui è stata eseguita*. L'imputabilità morale va per lo più congiunta col *rimorso*, che dicemmo essere una sanzione delle leggi naturali, ed ecco come. Violata la legge naturale l'uomo considera col suo intelletto il dovere che aveva di osservarla, considera il potere in cui trovavasi di non trasgredirla, e riconosce se stesso meritevole di rimprovero e di castigo. Talvolta però i rapporti che passano fra la coazione, che mosse l'uomo ad esternamente agire, e l'azione commessa sono tali da escludere quell'interno rimprovero della coscienza, che abbiamo appellato rimorso. Ciò sarà fatto chiaro in breve.

Ora quali saranno gli elementi costituenti l'imputabilità morale? È d'uopo distinguere le azioni interne dalle esterne. In quanto alle prime è chiaro per le cose già dette, che l'imputabilità risulta dalla libertà di volere inseparabile dalla natura dell'uomo. In quanto alle seconde è d'uopo premettere una breve analisi. Si abbia presente il principio che le azioni nascono dai voleri, e i voleri dalle cognizioni. Ciò vuol dire che nell'uomo prima agisce l'intelletto, quindi la volonta, e finalmente la potenza esecutrice. Difatti l'uomo opera sempre per giungere ad un fine, e per giungervi sono necessarj dei mezzi che sono le azioni. Queste azioni si avverano in forza del seguente nesso. L'intelletto considera il fine e l'opportunità de' mezzi per giungervi: la volontà si determina a porli in opera: la potenza di agire li mette in esecuzione. Quando adunque in forza di questo nesso morale l'uomo viola le leggi di natura, la di lui azione è *moralmente imputabile*, poichè egli è allora un ente dirigibile, un agente morale. Ma questa gradazione va a svanire in tre casi: 1.° quando l'intelletto dell'uomo è abitualmente o accidentalmente incapace di eser-

citare le sue funzioni: 2.° quando l'intelletto stesso ignora i caratteri essenziali dell'azione, a cui si accinge: 3.° quando la di lui macchina corporea agisce come stromento materiale della forza altrui. In tutti questi casi l'agente non può essere redarguito dell'azione derivante dal suo fatto, perchè nel primo egli non conosce i rapporti che intercedono fra l'azione, che eseguisce, e la legge naturale: nel secondo la sua volontà si propose un'azione diversa da quella che risultò, e perciò svanì il nesso fra il fine voluto dall'intelletto e i mezzi prescelti e posti in opera: nel terzo finalmente l'azione esterna non fu il prodotto della sua volontà, ma della volontà altrui.

Vi sono alcuni autori, i quali opinano (1), che l'imputabilità morale cessi anche nel caso in cui l'uomo si trovi costretto da un'ingiusta violenza altrui a scegliere o di contravvenire alla legge naturale, o di perire. A noi sembra questo un errore, che può facilmente confutarsi richiamando la questione ai suoi veri principj. Se l'imputabilità morale nel suo senso più generico non discende che dalla concorrenza della volontà dell'uomo nell'azione preconosciuta che da lui si commette, è chiaro, che quando esso, posto fra l'alternativa della morte o della violazione della legge naturale, si determina a questa seconda, è veramente agente morale di essa violazione, perchè la determinazione della sua volontà realmente vi concorse. Vi sarà bensì luogo a disputare se in tal caso egli commetta un'azione redarguibile nel foro interno, ed allora sottentrano molte distinzioni che saviamente fanno i moralisti, insegnando 1.° che fra la morte di se stesso e quella dell'ingiusto aggressore è lecito scegliere la seconda, assumendola come unico mezzo e come scopo di difesa: 2.° che fra la morte di se stesso ed un'azione assolutamente turpe, come l'idolatria, la violazione di un precetto negativo di prim'ordine, l'uomo probo dee scegliere il sacrificio della propria vita: 3.° che fra la morte di se stesso ed un'azione turpe solo relativamente, come il rubare, è lecito scegliere

(1) Puffendorf. de Officio hom. et civis Lib. I. Cap. I. §. XXIV.

questa seconda, perchè nel conflitto di due diritti disuguali cede il minore, e la legge proibitiva del furto cessa di obbligare; e simili cose, che non è di nostro istituto il trattare. Ma sarà sempre vero, che in tutti questi casi la moralità nell'azione concorse. Noi poi a suo luogo vedremo come i detti casi si risolvano limitando la disputa al foro esterno.

Due sono adunque gli elementi, che costituiscono l'imputabilità morale delle azioni esterne: l'uno nasce dall'intelletto, l'altro dalla volontà e dalla potenza esecutrice: il primo, che consiste nella piena cognizione dell'azione in tutti i suoi rapporti colla legge, lo chiameremo *coscienza*: il secondo, che consiste nella volontaria esecuzione di ciò che l'anima ha determinato, lo chiameremo *volontarietà*. Se concorrono ambidue questi elementi, l'azione è *moralmente imputabile*. Non così se ambidue o uno di essi mancassero. I principj di questa imputabilità appartengono alla scienza del Moralista.

§. III.

Inoltriamoci nell'analisi, e indaghiamo se oltre l'inesorabile coscienza che giudica l'uomo e lo rimprovera e punisce di qualunque di lui azione contraria alla giustizia, vi possa essere fra i suoi simili qualche altra persona, cui competa la facoltà di giudicare e punire le di lui delittuose azioni. Consideriamo tanto l'ipotetico stato estrasociale quanto il civile. Il giudicare delle azioni altrui presuppone una superiorità in chi giudica su quello che è giudicato: la superiorità, salvi i diritti dell'autorità paterna, non è concepibile nello stato estrasociale, ove non sono rapporti di superiore ed inferiore, ove tutti gli uomini sotto ogni aspetto si considerano uguali. Dunque in questo ipotetico stato, se si eccettui il potere correzionale spettante al padre di famiglia, niuno può istituire un giudizio sulle altrui azioni benchè malvagio, e molto meno punirle, essendone riserbato il castigo al Tribunale di Dio e della coscienza, e perciò l'imputazione dei delitti in siffatta condizione di cose è inconcepibile (Cap. II.).

Ma sarà egli lo stesso nello stato di Società civile? Per quella parte di diritto naturale, che non è stata convertita in

diritto positivo, accade il medesimo, perchè in quei limiti l'uomo deve considerarsi come uomo, e non come cittadino. Così niuno può rimproverare altrui di avarizia, d'ubbriachezza, dove le leggi politiche non erigono in delitti questi due vizj. Ma per quella importantissima parte del diritto naturale, la cui inviolabilità forma la guarentigia della Società civile, e che perciò al costituirsi dello stato sociale viene convertita in diritto positivo criminale mediante la comminatoria delle *pene* contro chi sia per esserne violatore, potrebbe mai avvenire lo stesso? O convien negare alla Società il diritto di punire, o convien ammettere, ch'essa ha anche quello di rimproverare per mezzo de' Magistrati l'offesa sociale a chi n'è designato autore per poi procedere con legalità all'applicazione della pena a di lui carico, se sarà trovato colpevole. Difatti se le vien negato questo secondo diritto converrà che la Società o si astenga dal punire, o proceda all'applicazione della pena senza la certezza di punir giustamente, assurdi amendue gravissimi. Diciamo *senza la certezza di punir giustamente*, perocchè questa certezza, come dimostreremo nel libro terzo, si ha soltanto allora che il giudizio sul presunto autor del delitto sia stato preceduto dal rimprovero a lui dell'offesa sociale, e dalla libera esposizione per di lui parte di ogni mezzo di difesa. Ecco come sorge la *politica imputabilità*, la quale si definisce — *quel carattere, che la legge politica imprime a certe azioni vietandole, in forza del quale chiunque sarà per commetterle con libertà* (1) *soggiacerà al rimprovero del magistrato, ed alla responsabilità di subire la corrispondente pena.* Il giudizio poi con cui la Società per mezzo de' suoi Magistrati dichiara il cittadino reo dell'azione vietata, che *consta* essere stata da lui commessa, dicesi *imputazione civile.* La politica imputabilità di un'azione sta dunque nella legge: la civile imputazione nel giudizio del Magistrato. La base della

(1) Perchè dicasi restrittivamente *con libertà*, e non più ampiamente *con moralità*, si comprenderà da quanto va ad esporsi nel seguente paragrafo.

prima è il danno che dall'azione deriva alla pubblica sicurezza, danno onde sorge il diritto di punizione: la base della seconda è l'applicazione della legge. Le regole di quella appartengono alla scienza della Criminale Legislazione; le regole di questa alla Giurisprudenza (1).

È poi molto facile il comprendere che senza il concorso dell'imputabilità morale non può concepirsi in un'azione l'imputabilità politica, e ciò per due ragioni: 1.° perchè senza l'imputabilità morale l'agente da cui parte l'azione non può esssere dichiarato autore dell'azione medesima, e perciò il cittadino non potrebbe in tal caso essere rimproverato dell'azione in cui fosse incorso, sebbene contraria alla legge: 2.° perchè l'azione che non è moralmente imputabile non produce quel danno sociale, che abbiamo definito essere la diminuzione nei cittadini dell'opinione della propria sicurezza. L'esempio della uccisione di un uomo commessa da un pazzo altrove da noi riportato ne somministra una prova.

Per ben concepire finalmente l'estensione del dominio dell'imputabilità politica, conviene richiamar qui due principj sviluppati nel primo capitolo, cioè 1.° che le leggi criminali si possono violare tanto con un'azione positiva, quanto con un'azione negativa; quindi anche le ommissioni di ciò che la legge prescrive saranno politicamente imputabili: 2.° che la sicurezza sociale si può ledere tanto con delle azioni che hanno una necessaria connessione col fine dannoso, quanto con delle azioni che con tal fine hanno una connessione meramente probabile; quindi anche queste seconde saranno politicamente imputabili, purchè tal connessione sia entrata nelle viste dell'agente (2).

§. IV.

Resta ora a sapersi quali sieno i caratteri che distinguono l'imputabilità politica dall'imputabilità morale.

1.° L'imputabilità morale, avendo per base l'eterna giustizia ed estendendosi su tutti i doveri naturali dell'Essere in-

(1) Carmignani Compendio degli Elem. di diritto criminale §. I.
(2) Carmignan Elem. Jur. Crim. §. 74.

telligente, non solo concorre in tutte le azioni morali esterne, ma anche nelle azioni interne, cioè nei pensieri. L'imputabilità politica essendo istituita per guarentire da ogni detrimento la sicurezza de' cittadini, non potrebbe cadere sopra le azioni interne, le quali non ledono in alcun modo la sicurezza stessa. Di qui l'assioma del Diritto Romano — *Cogitationis poenam nemo patitur* —; onde sarà un principio fermissimo della scienza nostra, che un'azione morale non può essere politicamente imputabile, se non si è manifestata con un atto esterno. Primo carattere distintivo fra l'una e l'altra imputabilità.

2.° L'imputabilità morale contemplando anche i rapporti che l'uomo ha con se stesso, abbraccia anche i vizj personali. La politica, contemplando i rapporti del cittadino con la società e con gli altri cittadini, non cade sopra i detti vizj. Ecco perchè l'intemperanza, la prodigalità etc. non vengono dalle leggi positive erette in delitti. Secondo carattere distintivo.

3.° I principj dell'imputabilità morale, essendo diretti a regolare l'uomo interiore, suppongono sempre la certezza dell'intenzione con cui l'uomo ha agito. Nel dedurre all'atto l'imputabilità politica mediante l'imputazione civile, si potrebbe mai avere per certa l'intenzione dell'agente, senza aver prima esplorata attentamente l'azione esterna? Legger nel cuore del reo l'intenzione che ebbe nell'agire è proprio dell'Ente Supremo non dell'uomo, e dato anche il caso, che il reo medesimo per mezzo della confessione la esternasse, il Magistrato non potrebbe mai affidarsi a tal confessione, poichè, se l'uomo non è un Dio per leggere nel cuore del suo simile l'intenzione, che questi ebbe nell'agire, non è nemmeno un Dio per leggervi se la confessione è vera o fallace (1). Come farà dunque il Magi-

(1) Notisi, che io qui parlo della confessione dell'intenzione o isolata o contraditoria al fatto. Suppongasi che un uomo confessasse di avere ucciso con premeditazione, mentre dal fatto apparisse che fu gravemente provocato. Potrebbe mai ritenersi reo di omicidio premeditato? Ammetto che la confessione del fatto e del dolo *verificata* acquista forza di prova in giudizio; ma con quella parola *verificata*

strato stesso a conoscere l'intenzione con cui il reo ha commessa l'azione contraria alla legge? Egli la desumerà dall'atto esterno (1). Ecco un'altra differenza relativa al modo con cui si attua l'imputabilità morale, che è diverso da quello con cui si attua l'imputabilità politica: il Criminalista prende inizio dall'atto esterno per passare a giudicar dell'interno, e così procede in un senso opposto a quello del Moralista.

4.° L'imputabilità morale si verifica in tutte le azioni volontarie siano *spontanee*, siano *coatte*. Ma l'imputabilità politica potrebbe mai estendersi a queste ultime? Qui è d'uopo riflettere, che l'umano legislatore nel dettar leggi criminali non *può* nè *deve* considerar gli uomini *tamquam angelos ac perfectissimos* per usar l'espressione dell'illustre Carmignani (2). Non può, perchè farebbe troppo grave illusione a se medesimo. Non deve, perchè se le leggi criminali sono fatte, come ognun sa, per frenare i malvagi, poichè i buoni non dal timore del castigo, ma dall'amore della virtù sono tratti al bene (3), egli è tenuto di farsi carico dell'umana fragilità e di astenersi da quelle penali sanzioni, che potrebbero cadere sull'uomo probo tratto a violare il precetto legislativo per mera fragilità

mi venite a concedere che deve combaciare perfettamente con le circostanze del fatto esterno risultanti in processo, ed allora sempre si verifica che l'atto esterno è quello che dà norma al Magistrato per conoscere dell'interno.

(1) I pratici forensi stessi ammettono questo principio, sebbene lo sviluppo di esso si appartenga alla teoria della Scienza. Degli infiniti esempj che potrei addurre, ne scelgo due. Quando parlano della premeditazione dell'omicidio, convengono, che deve essa desumersi dall'apparecchio delle armi, dalla diuturnità dell'odio, dalla scelta del tempo, del luogo etc. Quando parlano del furto della cosa propria creduta aliena, convengono, che nel foro esterno deve andare impunito. Questi due casi non sono ambidue che applicazioni del sovra esposto principio.

(2) Elem. jur. crim. §. 933. Pisis 1823.

(3) « Oderunt peccare boni virtutis amore » Oderunt peccare mali formidine poenae. »

umana. Ora mi si risponda: una legge, la quale statuisca una penale sanzione contro colui, che posto per violenta opera di altri nell'alternativa di perire, o d'infrangere la legge politica sceglie il secondo partito, non potrebbe colpire un probo cittadino? Certo che sì; imperocchè anche l'uom probo può talvolta essere sì vivamente scosso dal timore della morte da mancargli il coraggio di affrontarla per non trasgredire la legge. Dunque l'umano legislatore non può sottoporre ad imputabilità l'azione coatta per non esporsi a pericolo di martoriare la probità, e di aggiungere afflizione all'afflitto castigando colui, che con tutta la ripugnanza del proprio cuore violò la legge per non perire. Non basta. Affinchè l'uomo perda la sua inviolabilità e possa soggettarsi alla pena civile è necessario che abbia commesso un'azione ingiusta, e che quest'azione sia tale da produrre il danno sociale. Ora quando il cittadino posto senza sua colpa nel bivio o di morire o di violare la legge politica sceglie il secondo partito, è forse egli, che cagiona il danno sociale? No certamente, perchè i suoi concittadini considerano, che in lui non vi fu l'intenzione di violare gli altrui diritti, che se li violò non fu per viziosa volontà, ma per conservare se stesso: non vedono in lui un uomo nemico dell'ordine pubblico, ma un infelice, anzichè un colpevole. In fine essi riconoscono l'autore del danno sociale non in lui, ma nell'operatore dell'ingiusta violenza. Mentre essi pertanto reclamano giustamente la pena contro quest'ultimo, sarebbero rattristati se la vedessero applicata al soggetto passivo dell'ingiusta violenza altrui. Quest'applicazione lungi dal calmare la loro apprensione, la susciterebbe nel pensare di potersi essi stessi trovare nell'egual condizione, cioè d'esser posti nella crudele alternativa o di perire per mano del violento oppressore o d'incontrare la pena minacciata dall'umana autorità. Imperocchè ognuno sente pur troppo in se stesso l'umana fragilità, e che la virtù del martirio ha bisogno dell'ajuto della Divina Grazia per essere praticata. Quindi è che nell'ordine mondano non v'è diritto di punire l'azione coatta.

Come poi e perchè nel foro interno anche le azioni coatte

siano imputabili, sarà chiaro a chiunque consideri, che l'uomo per assoluta giustizia è nel dovere di morire piuttostochè offendere la Divinità, e che adempiendo un tal dovere egli raggiunge il Vero Bene, a cui è destinato.

Tali sono i canoni che distinguono l'imputabilità morale dall'imputabilità politica. Quegli Autori che hanno insieme confuse queste due specie d'imputabilità sono incorsi in gravi errori perniciosi alla Scienza.

§. V.

Da queste nozioni e da quelle premesse nel primo capitolo apparisce che cosa sia il delitto civile, cioè: *la violazione di una legge politica munita di sanzione penale propriamente detta commessa dal cittadino mediante un'azione esterna spontanea o positiva o negativa, o diretta o indiretta* (1).

I vantaggi di questa definizione sono

1.° Che non vien confuso il delitto con la violazione delle altre leggi sociali, come quelle che diconsi civili in istretto senso, come le economiche, come finalmente quelle di polizia amministrativa. Questa riflessione mi determinò nell'adottare la definizione del Carmignani, fra tutte le altre accuratissima, ad aggiungervi quelle parole — *munita di sanzione penale propriamente detta* — Il celebre professore Gambari, che vide la necessità di dare una qualche restrizione a quella espressione troppo generale *di violazione di una legge*, vi aggiunse *a danno della Società, o dei suoi individui.* Ma una tale definizione sembra più adattabile al diritto costituendo, che al diritto costituito. In questo parmi cosa pericolosa l'introdurre l'idea del danno nella definizione del delitto, perchè si verrebbe ad autorizzare il cittadino accusato a disputare sulla utilità o inutilità della legge da lui violata, oppure sul danno politico derivato o non derivato dalla sua azione.

(1) Se fosse necessario il dare del delitto una definizione da servire pel Legislatore, si potrebbe col Claus designarne gli estremi in questi termini — *un'azione, che reclama la difesa della città contro il suo autore.* Veggasi il Carmignani Teoria della leggi della sicurezza sociale vol. 2. pag. 16 in nota,

2.° Che appariscono a prima vista i due elementi costitutivi del delitto, cioè l'azione interna dell'animo che determina, ed esterna del corpo che liberamente eseguisce il delitto. Il Filangeri osserva, che l'azione interna costituisce *il grado* del delitto, e l'azione esterna *la qualità* di lui. Questa nomenclatura ci sarà di uso nel progresso di quest'opera.

3.° Che l'esposta definizione distingue chiaramente il delitto civile dal naturale. Alla qual cosa non avvertì il Renazzi, che nella sua definizione (1) non fece entrare l'idea della legge positiva.

Finalmente richiamando qui la dottrina spiegata nel primo capitolo, cioè che dal delitto derivano due danni, l'uno *mediato e politico* ossia *sociale*, che si ripara mediante la punizione del colpevole, l'altro *immediato e privato*, con questa differenza che il primo è la sequela d'ogni delitto impunito, il secondo si verifica non in tutte le azioni criminose ma bensì nella maggior parte di esso, sarà manifesto, che nel delinquente nasce sempre la *responsabilità politica* di sottostare alla pena, e bene spesso ne sorge un'altra detta *civile*, che lo obbliga moralmente e civilmente a risarcire il danno privato recato al soggetto passivo della sua azione. Il fondamento della prima si è ampiamente dimostrato nel 1.° capitolo. Il fondamento della seconda sta nell'eguaglianza dei diritti naturali, la quale non esisterebbe più se l'uno potesse ingiustamente recar danno all'altro, o se recatolo non fosse tenuto a risarcirlo (cap. I. §. II.).

§. VI.

Se il delitto è il risultamento di un'azione interna e di una esterna, il Criminalista dovrà, per meglio investigarne l'indole, considerare sì la prima che la seconda nelle diverse modificazioni di cui sono suscettibili, cioè esplorare l'azione criminosa in quanto all'*affetto* ossia intenzione, ed in quanto all'*effetto* ossia esecuzione, per servirci del linguaggio di Alberto de Simoni. Ecco l'analisi che ci resta a fare.

(1) Elem. jur. crim. lib. I. cap. III. §. XI.

Dicemmo che per aversi in un' azione l'imputabilità politica è necessario che vi sia concorsa l' imputabilità morale, e dicemmo pure che l' imputabilità morale delle azioni esterne risulta dal simultaneo e connesso concorso nell' azione delle tre umane facoltà *intelletto, volontà, e potenza esecutrice.* Ma il dire, che ogni azione per essere imputabile politicamente deve esserlo moralmente, non porta a conchiudere che ogni azione soggetta all' imputazione morale lo sia anche all' imputazione politica. Questa seconda non si estende alle azioni coatte (§. IV.) : dunque ha un regno più ristretto, il quale è designato da un ulteriore estremo, da cui essa dipende. Questo estremo è che l' azione sia *spontanea.* Che si esige ad aversi quest' ultima ? *Il simultaneo e connesso concorso dell'intelletto, della volontà, e della libertà di agire nell'azione che si eseguisce.* Questo simultaneo e connesso concorso di facoltà dicesi *dolo*, e si definisce la *coscienza che ebbe il delinquente nel commettere l' azione vietata di violare liberamente la legge.* Di qui l' assioma della Scienza nostra, che senza dolo non si dà delitto.

Sono in dovere d' indicare la ragione, per cui nella definizione del dolo ho creduto allontanarmi dall' espressione comunemente adottata *d' intenzione*, ed attenermi al Romagnosi, sostituendo la parola *coscienza.*

Il vocabolo *intenzione* derivante dal latino *intendere*, che significa volger l' animo ad una cosa, esprime precisamente lo sforzo dell' umana volontà che si dirige ad un fine (1). Ora il fine, che si propone l' uomo nel delinquere, è forse propriamente quello di violare la legge ? No : tanto è vero, che si augurerebbe, che la legge non esistesse per non violarla, e così cogliere il frutto, che colla sua azione si propone senza incorrere in alcuna pena. Il vero fine, per cui l' uomo delinque, è il conseguimento di un piacere, a cui tende la sua concupiscenza. Dunque chiamare il dolo un' intenzione di violare la legge, non è un linguaggio esatto. Definirlo invece *la*

(1) Carmignani. Elem. Jur. Crim. §. 97.

coscienza di violare liberamente la legge, oltre essere una espressione più precisa, offre subito l'idea, che a comporre il dolo concorrono ad un tempo l'intelletto, la volontà, e la libertà di agire.

Vedremo in seguito, che questa definizione è di lume alla Scienza per ben distinguere le vere azioni dolose.

Ma talvolta avviene, che l'uomo non facendo uso di tutta la necessaria cautela prima di agire, o nell'agire, commette un'azione, dalla quale fuor della sua aspettazione ne seguono la violazione della legge e il danno del suo simile. Quest'azione che si scorge non esser certamente *dolosa*, solo che si richiami la definizione del dolo, da qual principio si dirà derivare? Essa deriva da una volontaria ommissione di esame delle possibili conseguenze dell'azione che si è per intraprendere, ommissione, a cui i Giureconsulti danno il nome di colpa. La medesima può definirsi — *una volontaria ommissione di diligenza, per cui l'uomo nell'agire si avventura incautamente a quegli effetti, che dalla sua azione derivar possono contrarj alla legge* (1).

La distinzione della colpa in *lata*, *lieve*, e *lievissima* è comunemente adottata tanto dai Civilisti, quanto dai Criminalisti; ma nel definire questi tre gradi della colpa si vede per lo più usata una specie di petizione di principio. Si dice consister la prima nell'ommettere quella diligenza che è propria d'ogn'uomo: la seconda nell'ommettere quella diligenza che è propria di un diligente padre di famiglia: la terza nell'ommettere quella diligenza propria soltanto di un diligentissimo padre di famiglia: dal che si vede, che per avere una giusta idea della cosa bisognerebbe tornare da capo, e cominciare dal definire i tre gradi di diligenza.

La colpa lata si può meglio definire col Giureconsulto Paulo *l'ommissione di quella diligenza, che viene suggerita dal senso comune* » *Latae culpae finis est non intelligere id*

(1) Carmignan. Elem. Jur. Crim §. 100.

quod omnes intelligunt: » sono parole della legge 223. *Dig. de verb. signif.*

L'Autore della *Scienza della Legislazione* ha tentato una nuova strada per definire i tre gradi della colpa, senza cadere nella suesposta petizione di principio. Egli così si esprime: *quando le circostanze che accompagnano l'azione mostrano, che nell'animo di colui che agisce, la possibilità dell'effetto alle leggi contrario, che l'azione ha prodotto, è eguale o maggiore alla possibilità dell'effetto che si era proposto di conseguire, la colpa è MASSIMA; quando è minore ma non è molto rimota, la colpa è MEDIA; quando è rimotissima, la colpa è INFIMA.* Libro 3. parte 3. capitolo 37. È facile però il comprendere che questo Autore dotato di fervido e penetrante ingegno, ma non sempre aggiustato nei suoi concetti, per evitare un errore è incorso in un altro. Esso consiste nell'aver posto a confronto la possibilità dell'effetto voluto dall'agente colla possibilità dell'effetto nocivo non voluto, e nell'aver fatto dipendere dalla prossimità o lontananza dei rapporti fra l'uno e l'altro la maggiore o minore entità della colpa; lo che sarebbe forse perdonabile, se il conseguimento dell'effetto voluto portasse seco l'esclusione dell'effetto contrario alle leggi. Ma ciò non sta in fatto, perchè chi per esempio scarica l'archibugio contro una siepe, dietro la quale sa che lavorano varj agricoltori, ad effetto di uccidere un volatile ivi posatosi, può produrre ad un tempo ambi gli effetti, cioè il lecito e l'illecito, uccidendo il volatile ed offendendo gli agricoltori. La colpa in questo caso sarebbe pel Filangeri *media*, mentre invece è *massima.* Il fatto sta che il calcolo della colpa deve dedursi dalla sola maggiore o minore probabilità dell'effetto nocivo ed illecito, e non da quella dell'effetto innocuo e lecito, la quale è pel legislatore del tutto indifferente.

Tuttavia non disconfessiamo che il concetto del Filangeri ci è stato di scorta a trovare il seguente canone giuridico, che ci sembra del tutto idoneo a discernere i gradi della colpa.

Quando la probabilità che accada l'effetto vietato è mag-

giore o uguale alla probabilità, che l'effetto stesso non accada, la colpa è LATA: Quando la prima è minore della seconda ma non remota la colpa è LIEVE: Quando è remota la colpa è LIEVISSIMA.

Dal fin qui detto è facile il comprendere quanto sia grande la metafisica differenza che passa fra il *dolo* e la *colpa*. Il primo presuppone una *volontà viziosa* che si propone un fine vietato dalla legge, la seconda una *volontà oscitante* che si avventura ad un'azione pericolosa senza farsi carico dei funesti effetti. L'agente doloso vuole il danno vietato dalla legge: l'agente colposo non lo vuole, ma v'incorre per temerità e per negligenza. Siffatta differenza è indicata da Paulo nella leg. 7. ff. ad leg. Corn. de sicariis con questi termini: *nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.*

Ora, se la colpa è tanto differente dal dolo, le azioni colpose saranno esse politicamente imputabili? I delitti vengono puniti per riparare il danno sociale: questo non può concepirsi senza i suoi elementi costitutivi, di cui l'uno è che l'azione sia volontaria: dunque le azioni colpose saranno esenti dall'imputabilità politica o, per meglio dire, dalla pena *propriamente criminale*. Ed è così veramente. Anzi il Professore Carmignani va più innanzi: e spinge le cose all'eccesso in questa disputa sostenendo che non si possa trovare nel diritto penale la ragione imputativa della colpa, se non riguardando le azioni commesse con colpa lata come racchiudenti in sè la presunzione del dolo. Adottando però questo principio, si verrebbe a supporre che il legislatore punisse l'agente colposo pel mero sospetto che in lui esista una prava volontà, che tutte le apparenze portano a credere che non esista. Ora non sarebbe ciò una pretta ingiustizia? Ma in che fa consistere il Carmignani questa grande difficoltà di attribuire al reggitore del consorzio civile il diritto di punire l'azione colposa? Egli dice che l'autorità umana, desumendo la base della sua imputazione dall'atto esterno, non può penetrare negl'intimi ripostigli dell'animo umano per giudicare se l'agente calcolò la connessione fra l'azione permessa, ch'egli intraprese, *come causa*, e il danno

derivatone *come effetto*. Soggiunge che ove su tal dubbio si potesse stabilire l'affermativa, converrebbe riconoscere nello agente il dolo: in caso diverso è forza riconoscere in lui la colpa; ma come fargli rimprovero della possibilità di un effetto dannoso, ch' egli non calcolò e non vide? (1)

Questi dubbii, avvegnachè gravi, non sono impossibili a risolversi. La maggiore o minore probabilità del danno, che l'agente colposo cagionò, è tutta riposta nella natura delle cose, cioè nel nesso che congiungeva l'azione da lui intrapresa, *come causa,* al danno derivatone *con effetto*. Ora quando questa probabilità era *massima*, come si verifica nella *colpa lata*, converrebbe chiuder gli occhi alla luce per non iscorgere, che l'agente colposo la vide quella possibilità del danno, ma temerariamente si lusingò che questo non avvenisse. Ed in ciò sta la vera differenza fra il dolo e la colpa. Imperocchè per essere in dolo, non basta che all'animo dell'agente si presenti la possibilità, che dalla sua azione derivi un danno; fa d'uopo ancora, che questo danno sia da lui voluto. Ma se il danno non voluto e imprudentemente cagionato costituisce la colpa, non discende già per questo la conseguenza, che chi volontariamente si espose al pericolo di cagionare un danno sia esente da ogni titolo di rimprovero, e che per rimproverarlo sia necessario scrutare gl'intimi ripostigli dell'animo umano, il che certo non sarebbe possibile. Ognun sa che il potatore, il quale recide il ramo d'albero sporgente sulla strada pubblica, e lo lascia cadere senza aver prima acclamato, può opprimere il viandante: *leg. 7. ff. ad leg. Corn. de sicariis:* ognun sa che il milite, il quale si esercita a lanciare i dardi fuori del campo a ciò destinato, può ferire il passaggere: *Inst. lib. IV. tit. III. §. 4.*; ognun sa che il cacciatore, il quale esplode l'archibugio contro una siepe senza assicurarsi che al di là non vi sieno persone, può ferire gli agricoltori; ognun sa che chi entra con lume scoperto in un

(1) Teoria delle leggi della sicurezza sociale volume 2. pagina 206. e seguenti.

fienile può cagionare un incendio, e cose simili. Ora se tutte queste possibilità sono note anche agli uomini meno diligenti e meno cauti, non è punto vero che l'agente colposo non vedesse la possibilità del danno. Egli, sia lecito il ripeterlo, la vide, ma vanamente si lusingò che il danno non avvenisse. *Kleinschrod Cenni sopra l'essenza e la punizione dei delitti colposi.* La legge adunque giustamente si fa strada a punire la colpa lata, perchè mentre per una parte vede nel fatto esterno, che il danno avvenuto era di una possibilità prossima, la quale non può supporsi che non siasi affacciata all'intelletto dell'agente, dall'altra ha diritto di correggere la temerità di lui, ed ammonir così tutti gli altri a diportarsi come si conviene all'uomo onesto, che ha l'assoluto dovere di tenersi lontano dal pericolo di nuocere ai suoi simili. Con ciò non si violano certo i principj della certezza estrinseca. — La pena però deve avere quel carattere di mitezza, che è proprio del *magistero correzionale*, come fu notato alla pag. 26, e come meglio si vedrà in appresso, lib. II. part. I. cap. IV. §. 2.

E qui è nostro debito lo avvertire, che la colpa lieve e la lievissima, come quelle, in cui l'effetto dannoso era assai difficilmente prevedibile, sfuggono per lo più anche la pena correzionale, e soggettano l'agente alla sola emenda de' danni in via civile, se si eccettui il caso dell'omicidio, come vedremo a suo luogo. Questa opinione, abbracciata dal De-Simoni (1) e da altri concorda col Diritto romano. — *Si fortuito* (2) *incendium factum sit, venia indiget: nisi tam lata culpa fuerit, ut luxuriae, aut dolo sit proxima* — Leg. 11. ff. de

(1) Dei delitti di mero affetto Par. 1. Cap. XI. § IX.

(2) Questa parola *fortuito* qui sta a significare non il caso, ma la negligenza ossia la colpa, come ci ammaestra il Voet ne' seguenti termini — haud praetermittendum quandoque casum pro negligentia et culpa in jure poni: ac damna dici casu data: dici et *casus fortuitos* homicidia, quae ab ira subitanea profecta erant; ac *incendia fortuita* quae a negligentia processerant: ad oppositionem eorum, quae dolo aut proposito facientis contingunt — *Ad Pand. lib. IX. tit. 2. ad leg. Aquil. num. 29. in fin.*

incend. ruina et naufragio. Altrettanto dispone la legge 28. §. 12. ff. de poenis.

Torniamo al dolo sul quale ci si presenta una questione. Il dolo può egli avere dei gradi? Richiamando la nostra definizione, non può non rispondersi negativamente. È chiaro infatti che a costituirlo concorrono la coscienza e la libertà di agire. In quanto alla prima è ben agevole il riflettere, che l'azione dell'intelletto che la costituisce, è così indivisibile, com'è indivisibile la potenza da cui parte. In quanto alla seconda, se la libertà di cui qui parliamo consiste nell'essere esente dalla necessità; se *necessaria* dicesi una cosa a cui è impossibile di essere altrimenti da quel che è; ne verrà che l'uomo allora soltanto troverassi non libero, quando per provvedere alla sua conservazione non potrà agire altrimenti dal modo onde agisce. Ma la necessità non ha gradi: dunque nemmeno la libertà può averli: quindi è un assurdo logico il figurare gradi diversi nel dolo (1).

All'addotto principio però presentasi tosto un'obbiezione. È manifesto per esperienza che ora si delinque dopo aver lungamente meditata l'azione criminosa, ora si viola la legge per un subitaneo moto d'ira senza alcuna precedente disposizione al delitto. I Codici di tutte le nazioni puniscono più nel primo caso, che nel secondo, ed i Pratici forensi distinguono il primo col nome di dolo *ex proposito*, il secondo con quello di dolo *ex impetu*. Dunque il dolo è suscettibile di gradi.

L'obbiezione non è imponente, che in apparenza, perchè consiste nell'aver preso per gradi le due notissime specie del dolo conosciute sotto le surriferite due nomenclature. Tanto chi delinque con premeditazione, quanto chi delinque per impeto ha nell'atto del delitto la coscienza di violare la legge, perchè esclusa questa sottentra la colpa estremamente differente dal dolo, ed ha pure la libertà di agire, perchè ove questa mancasse sorgerebbe l'azione coatta, la quale è immune dalla imputabilità politica. Dunque fra il dolo dell'uno e quello

(1) Genesi del Diritto Penale §. 1341.

dell' altro non v' è diversità di grado; ma la differenza, come osserva il Romagnosi, sta invece nella *passione criminosa.* Dilucidiamo questo di lui concetto. Le passioni che traggono l' uomo a delinquere altre sono *diuturne*, *fredde*, *calcolatrici*, altre *effimere*, *effervescenti*, *incaute*. Alle prime appartengono l' odio, l' ambizione, la cupidigia de' beni altrui e simili, e queste costituiscono il dolo *ex proposito*, chiamato dal nostro Renazzi *nequizia.* Alle seconde l' ira ed il timore di un male, che sovrasti a noi stessi o agli esseri che ci sono estremamente cari, dalle quali sorge il dolo, che appellasi *ex impetu.* Ora è facile il considerare, che per quanto la mente umana si adoperasse o nell' escogitare una diminuzione delle prime passioni per avvicinarle alle seconde, o nel fantasticare in quest' ultime una tinta più odiosa per accostarle alle prime, non vi riuscirebbe mai: tanto sono fra loro eterogenee quelle due categorie di passioni. Ora se la radice del dolo *ex proposito* è sostanzialmente diversa dalla radice del dolo *ex impetu,* in modo che essi distano immensamente fra loro, e non possono mai l' uno all' altro accostarsi, sarà manifesto, che essi differiscono fra loro *nella specie*, e non *nel grado.* La ragione poi, per la quale i delinquenti *ex proposito* sono puniti assai più dei delinquenti *ex impetu* apparterrebbe per verità al capitolo IV. destinato a trattare della misura dei delitti, ed ivi essa si troverà chiaramente spiegata. Tuttavia fin d' ora può darsene un cenno coll' osservare, che chi delinque *ex proposito* commette l' offesa sociale colla maturità necessaria a ponderare tutte le reazioni della morale, della religione e della sanzione politica, e perciò se tutte queste insieme riunite non hanno saputo rattenerlo dal delinquere è segno, che in lui vi fu una vera perversità di cuore ostile all' ordine pubblico, ostile alla legge, mentre invece quello che delinque per impeto di effervescenti passioni è bene spesso un buon cittadino, il quale senza il concorso delle avverse circostanze, che il concitarono, sarebbe stato alla legge ossequente. Dunque sommamente maggiore è il danno sociale, cui reca il primo, al confronto di quello che deriva dall' azione del secondo. Dunque

v' è d' uopo nel primo caso d' una riparazione assai maggiore, ch' è quanto dire d' un assai maggiore castigo, e viceversa nel secondo il magistero penale deve piegarsi ad una ben intesa lenità, come a suo luogo sarà più ampiamente dimostrato (1). Intanto proseguiamo ad occuparci di queste due specie di dolo, come materia di molto interesse per la scienza e di gravissima importanza per la pratica.

Il Renazzi, buon metafisico, riconosce anch' egli nel dolo differenza di specie e non di grado. Ecco le sue parole — *delinquendi consilium, quo constat dolus, vel considerate, et plena, quemadmodum loquuntur, voluntate homines ineunt, vel animo affectuum impetu commoto et agitato. Doli ergo duae sunt distinguendae SPECIES, quarum altera IMPETUS est*

(1) Un' altra obbiezione fu fatta al Romagnosi, ed è questa. Sembra inconcepibile, dicono, che fra l' esistenza e l' inesistenza della libertà di agire non vi sia cosa di mezzo. Imperocchè non può negarsi, che uno può agire per impulso altrui, per seduzione, per un mal' inteso timore riverenziale, per evitare un lieve danno minacciato. In questo caso non è forse diminuita la libertà? Dunque è diminuito il dolo: dunque il dolo è suscettibile di gradi. Ecco come vi rispose il prelodato autore. » Altro è il dire, che senza libertà non possa esistere il » dolo, altro è il dire che il dolo in ultima analisi tragga così il suo » essere dalla libertà, che ne debba seguire le fasi. La libertà è ne» cessaria in qualunque atto umano sia buono, sia tristo, onde produrre » merito o demerito almeno morale. Senza libertà non può esistere » certamente dolo. E che perciò? In forza di questo principio noi di» remo soltanto, che posto l' errore o la violenza che tolgono la li» bertà, non vi sarà più dolo. Ma allorchè manca, non si può veri» ficare nè il *più* nè il *meno*, ma si verifica soltanto il *nulla*. Dun» que in mancanza di libertà non si può verificare grado veruno, che » servir possa di misura penale » (*Genesi del diritto penale* § 1356). Per verità gli effetti psicologici della seduzione veramente tale (la quale si verifica soltanto in que' delitti, in cui l' aspetto de' piaceri del senso suscita una effervescenza nell' animo dell' uomo) del timore riverenziale e del timore di soffrire un lieve danno minacciato si riducono in ultima analisi all' eccitamento in noi d' una passione d' impeto, che non esclude la libertà, e che può senza errore riferirsi alla seconda specie di dolo.

AFFECTUUM, *alteram vocamus NEQUITIAM*. Lib. I. Cap. I. §. V. E quindi, nel sottoporre col successivo §. VIII. a critico esame la teoria del Boemero sui tre asserti gradi del dolo, osserva che la premeditazione (dolo massimo per quell'autore) costituisce quella specie di dolo, cui compete il nome di *nequizia*; la volontà di delinquere concepita quasi nel momento stesso dell' esecuzione (dolo medio) costituisce l' altra specie appellata *impeto degli affetti*, e finalmente l' aver l' animo, quando si contravviene alla legge, coerente ad un fatto, il cui esito criminoso può facilmente prevedersi (dolo infimo) si confonde colla colpa.

Ma se aggiustate sono le sin qui esposte dottrine del Renazzi, non può darsi egual lode a quell' espressione troppo generica, con cui egli pretese di definire il dolo d' impeto. Imperocchè non basta il farlo consistere, come egli dice, *in animo affectum impetu commoto et agitato*; ma bisogna distinguere, come noi testè abbiam fatto, le passioni veramente impetuose da quelle che sono fredde e calcolatrici, le quali lungi dall' attenuare, come le prime, il delitto richiedono invece tutto il rigorismo, fin dove può stendersi, del magistero penale. E che il Renazzi per verità ampliasse di troppo e a discapito della giustizia le specie di dolo *ex impetu* lo mostra l' esempio, che di questo dolo egli pretese di darci nell' incesto commesso da Amnone sulla propria sorella Tamar, mentre all' opposto apprendiamo dalle sacre carte, che quegli per appagare la sua impudica passione si finse malato, simulò al padre di non volersi cibare che di vivanda apprestata dalla sorella, e così pervenne a trarla in sua camera e a violarla (1). Ora chi non vede in tutto questo studiato artificio un calcolo, una premeditazione, in una parola quella specie di dolo, che la scienza appella di *proposito*, e che egli stesso il Renazzi per mostrarne l' odiosa indole chiama *nequizia*? Guai se si attribuissero a dolo d' impeto tutti quei delitti, a cui l' uomo s' induce per lo stimolo delle passioni ! Quei turpi

(1) Regum. lib. II. cap. 13.

eccessi, a cui i malvagi trascendono per ambizione, per odio, per avarizia, per ismodata lussuria e simili sfuggirebbero una parte della penale sanzione con evidente discapito della giustizia e della sociale sicurezza.

Perchè una passione meriti la commiserazione della legge e renda l' azione delittuosa meno punibile è d' uopo che sia di tale indole, che senza porlo in una assoluta necessità di agire (perchè allora svanisce la libertà e con essa l' imputabilità politica) abbia l' attitudine a far determinare l'uomo con tale rapidità da non permettergli il freddo calcolo della sanzione penale. Ciò si verifica *specialmente* 1.° nell' ira: 2.° nel timore riverenziale: 3.° nel timore d' esser vittima della fame o che di essa periscano i proprj genitori o i proprj figli. Che anzi quest' ultimo timore è di tanta efficacia sul cuor dell' uomo, che se potesse farsi astrazione da quelle filantropiche condizioni sociali, onde sempre si distinsero le nazioni incivilite, renderebbe esente dall' imputabilità politica la violazione dell'altrui proprietà commessa sotto l' impero di sì tremendo timore. Ma la Società civile è macchina di ajuto: offre varj mezzi per sottrarsi a quel frangente senza ricorrere ad azioni criminose. Ecco perchè quest' ultima fattispecie, benchè meritevole di molta indulgenza per parte dell' umano Legislatore, non la poniamo a livello del *timor presente e inevitabile di un grave mal minacciato*, perchè questo non lascia campo al cittadino d' invocare in soccorso il braccio della legge e dei Magistrati.

Le passioni di amore e di gelosia diminuiscono la punibilità del delitto, quando da esse derivò l' ira e dall' ira l'azione criminosa; non già quando isolatamente consigliarono la criminosa azione, per es. il *ratto*, l' *adulterio* etc.

Ma il Carmignani adotta altri principj per la spiegazione del dolo, ed è troppo interessante per gli apprendenti il conoscere i pensamenti di un tant' uomo, perchè io possa qui trasandarli.

Egli considera il dolo come una fase dell' umana intenzione, e perciò si fa a ragionare primieramente di questa.

L' intenzione, egli dice, chiamasi *perfetta* quando l'intel-

letto illuminò pienamente la volontà, e *imperfetta* quando la forza delle passioni offuscò l'intelletto, o diminuì la libertà dell'agente (1).

Essa inoltre è *diretta*, quando per giungere al suo intento sceglie de' mezzi, che hanno una necessaria connessione col fine: *indiretta*, quando i mezzi scelti hanno col fine una relazione meramente possibile (2).

Finalmente questa mera possibilità di effetto può esser *preveduta*, o *impreveduta* dall'intelletto: nel primo caso si ha l'intenzione indiretta positivamente tale, nel secondo l'intenzione indiretta negativamente tale (3).

Premessa questa distinzione Egli definisce il dolo = *un atto dell'intenzione più o meno perfetta diretto a violare la legge, e che in esterni segni prorompe*: su di che giova osservare, che l'ultima parte della definizione ha il suo giusto fondamento nel principio, che dalla sola azione esterna lice al Giurisprudente argomentare del dolo (4). Quindi si fa strada a spiegare i tre gradi del dolo escogitati dal Boemero in un modo più applicabile all'uso forense, di quel che fece il Filangeri, redarguito in ciò dallo stesso pisano Professore per avere, com'egli dice, *copiato il Boemero senza citarlo, e spiegata male la distinzione*. L'intenzione perfetta e diretta costituisce il dolo *massimo*: l'intenzione imperfetta il *medio*: l'in-

(1) Queste espressioni farebbero credere suscettibile di gradi l'intenzione, ma svanirà ogni dubbio se si riflette, che l'intenzione *perfetta* di cui qui parla l'Autore coincide con la premeditazione, l'*imperfetta* coll'impeto degli affetti, per cui ritorna la riflessione, che la differenza sta nella passione criminosa motrice dell'azione.

(2) Qui del pari è osservabile, che la differenza sta nei mezzi scelti, e non nell'intenzione, la quale è sempre diretta al fine che si propone.

(3) Qui pure è agevole l'osservare, che l'intenzione indiretta negativamente tale non è intenzione, e Carmignani stesso sembra indicarlo con quelle parole *negativamente tale*.

(4) La suddetta definizione è analoga al senso, in cui Paulo prese il dolo, allorchè disse nella leg 7. ff. ad leg. Corn. de sicariis — *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur*.

diretta positivamente tale il dolo *infimo*. Un esempio poi di quest' ultima specie di dolo ci manda l' Autore a rintracciarlo presso il De-Simoni in quel marito, che per disfarsi della moglie avvelenò una vivanda, e poi la nascose in un sito recondito della casa con la speranza che la consorte la ritrovasse, e cibandosene ne rimanesse vittima, come infatti avvenne. Avverte poi il ch. Autore, che l'intenzione *indiretta negativamente tale* costituisce la colpa, e così rischiara l'oscurità ravvisata nel Boemero dal Renazzi, il quale dubitò con ragione, che l' Autore alemanno avesse per dolo minimo intesa la colpa.

In questa ingegnosa distinzione sembra per verità un assurdo, che si collochi l' intenzione indiretta positivamente tale nel grado infimo, e l' imperfettà nel grado medio, mentre sentiamo eccitarsi nell' animo nostro maggiore perturbazione al pensare alla fattispecie riportata dal De-Simoni, di quello che al caso di un uomo, che provocato commette un omicidio. Chi volesse giustificare il Boemero ed il Carmignani potrebbe dire, che l' *intenzione indiretta positivamente tale* espone a minore pericolo la sicurezza de' cittadini, stante la probabilità, che i mezzi indiretti non producano quel fine nocivo, che l'agente erasi prefisso. E noi stessi ne' precedenti nostri scritti avemmo per buona una tale ragione. Tuttavia fatta più matura considerazione alla cosa, e preso a calcolo, che l' asserto dolo infimo del Carmignani include una truce e fredda meditazione accompagnante il delitto, osiam ricrederci, e portare l' intenzione indiretta positivamente tale alla specie di dolo *ex proposito*, rifiutando così quel terzo grado, che in niuna legge del mondo, per quanto sappiamo, fu mai considerato.

Tale è la gradazione del dolo più creata, che spiegata dall' illustre Professore pisano. Dico più creata che spiegata, perchè il Boemero erasi limitato a dire, como fu poc' anzi notato, che la premeditazione costituisce il dolo *massimo*; che il dolo *medio* si verifica quando tutto in un tempo la volontà di delinquere si concepisce e prorompe nell' azione criminosa; *l' infimo* finalmente quando si ha l' animo indiretto e coerente ad un fatto, il cui esito criminoso può facilmente prevedersi:

espressioni, di cui le due prime sono piane e di facile intelligenza, non così la terza, che senza un maggiore schiarimento è più atta ad esprimere la colpa che il dolo, come giustamente osservò il Renazzi.

Richiamando ora qui la differenza che passa fra i delitti, i quasi-delitti, e le violazioni delle leggi di polizia chiamate *contravvenzioni di polizia* (cap. I. §. IV.), e considerando non esser coerente al buon regime sociale il confonder fra loro i mezzi repressivi opportuni ed acconci a frenare le dette tre specie di azioni tanto fra loro differenti nella entità politica, se ne desumerà esser d'uopo distinguere tre specie d'imputazioni, cioè *la criminale* spettante ai delitti propriamente detti, *la correzionale* inerente ai quasi-delitti, e *l'imputazione di polizia* applicabile alla terza classe delle suddette azioni.

§. VII.

Ora non ci resta a parlare, che delle diverse distinzioni, a cui va soggetto il dolo.

1.° I Civilisti lo distinguono in *buono* e *malo*, la quale distinzione ha origine dall'etimologia del vocabolo, perchè derivando esso dalla greca parola *dolos*, che è di doppio significato, assumendosi dai Greci tanto in senso buono quanto cattivo, ne nasceva la necessità di distinguerlo, e di darne una duplice definizione. Il Vicat nel suo *Vocabolarium Juris* ci dà l'idea generica del dolo, insegnando essere — *omne dictum, factumve cum proposito alterius fallendi.* — Il dolo buono presso i Romani era quello che si usava in guerra per deludere, o ingannare i nemici: il dolo malo venne dopo varie controversie fra i Giureconsulti del secolo di Augusto definito *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Questa distinzione di dolo buono e malo è esclusivamente applicabile alle materie civili; ma la premessa avvertenza non è estranea al nostro assunto per porre in guardia gli Apprendenti a non confondere il *dolo malo* in senso civile col dolo che interviene nei

delitti, sebbene anche a quest' ultimo dai GG. CC. romani venga dato l' epiteto di *malo*.

2.° Il dolo altro è di *simulazione*, altro di *dissimulazione*. Questa distinzione è applicabile allo stellionato, nel quale tanto la simulazione, che la dissimulazione possono costituire il carattere del delitto.

3.° Una terza distinzione si fa da alcuni del dolo, ritenendo, che ora concorra nel delitto come *qualità accessoria*, ora come *qualità principale*. Nell' omicidio p. e. si vuole che il dolo entri come qualità accessoria: nelle truffe, stellionati etc. come qualità principale. A me sembra inutile questa distinzione, perchè potrebbe dirsi con maggiore chiarezza, che nelle truffe, stellionati etc. oltre il dolo vi deve concorrere anche la *frode* a costituire la natura del delitto, e così si vedrebbe a colpo d' occhio la differenza che passa fra i delitti di falso, stellionato etc. con tutti quelli di specie diversa, che col solo dolo senza frode si contraggono. La frode si definisce — *l' attitudine che ha l' azione del delinquente a poter ingannare altrui.* —

4.° Dividesi il dolo in *personale e reale*. I Civilisti chiamano personale quello, che viene costituito dal contegno della persona contraente, la quale p. e. in un contratto simula una cosa per circonvenire altrui. Il dolo reale poi lo esemplificano nella lesione enormissima. Nelle materie criminali ci possiamo formare un' idea del primo nella calunnia e nella falsa testimonianza: un' idea del secondo nel chirografo altrui artificiosamente imitato.

5.° Il dolo distinguesi in *vero* e *presunto*. Non convengono tra loro i Prammatici sul definire quale sia il dolo vero, e quale il presunto. La maggior parte di essi dicono, che il primo è quello che dalla natura del fatto stesso si deduce: il secondo quello che si arguisce in via di congettura dalle circostanze, che hanno accompagnata l' azione criminosa. In questo senso si avrebbe il dolo vero nel furto nel falso, e generalmente in tutti quei delitti, che per colpa non possono commettersi; il presunto nell' omicidio ed in tutte quelle azioni

criminose, nelle quali per procedere all'applicazione della pena stabilita dalla legge, è d'uopo provare il dolo, ed escludere con ciò la colpa. Non dimentichiamo però mai, che pel principio della certezza estrinseca, unicamente applicabile nell'esercizio del Magistero penale, il dolo si deduce sempre dal fatto esterno e dalle circostanze che hanno accompagnata l'azione criminosa (1). Il Carmignani poi spiega in altro modo questa distinzione dicendo, aversi il dolo vero in tutte le specie dolose, il presunto in tutte le specie colpose.

6.° Finalmente si pretende di distinguere il dolo in *vero presuntivamente provato*, ed in *presunto veramente provato*. Questa distinzione viene acremente rigettata dal De-Simoni, e viceversa abbracciata e difesa dal Carmignani. Il primo osserva, che in buona logica non v'è alcuna differenza fra il provare presuntivamente una cosa, e il provare veramente la presunzione della cosa stessa. Il secondo sostiene, che il *dolo presunto veramente provato* si verifichi quando una specie colposa viene provata dolosa, e il *vero presuntivamente provato* quando una specie dolosa per difetto di prova viene riferita alla classe delle colpose: spiegazione, che se può convenire nel primo caso, non può al certo convenire nel secondo, mentre ripugna al buon senso parlare di *dolo vero presuntivamente provato*, dove il fatto esterno presenta la colpa, e il dolo o non esiste o se esiste è noto solo all'Ente scrutatore de' cuori. Questa osservazione non isfuggì certamente all'ingegno dell'illustre Professor pisano, ma egli, spiegando la distinzione nel senso dei Pratici, non intese fissare un principio logico della Scienza.

Avendo noi fin qui parlato del delitto in quanto all'*affetto*, resterebbe a parlarsene in quanto all'*effetto*, il quale realmente può avere dei gradi, perchè l'atto esterno costituente

(1) Anton Matteo *Vol. 6. pag.* 59. *edit. Florent.* 1825 censura la distinzione del dolo in vero e presunto, dicendo che il dolo allora soltanto merita questo nome quando è pienamente provato: che se non lo è, non si ha dolo, ma *colpa o caso.*

il delitto può essere intrapreso, e rimaner quindi o sospeso nel suo cammino o frustrato nelle sue conseguenze. Ma essendo questa una materia di vasta e profonda indagine, e richiedendosi a ben trattarla il far precedere altre importanti teorie, ne formeremo argomento d'un separato Capitolo, che sarà il V. del presente libro.

CAPITOLO IV.

Della quantità dei Delitti.

SOMMARIO

§. 1. *Nozioni preliminari.*

§. 2. *Opinione degli Stoici intorno alla quantità dei delitti.*

§. 3. *Se la malizia, se il dolo del delinquente possano essere la giusta misura dei delitti.*

§. 4. *Se il danno immediato, che reca il delitto, possa servir di norma statuente delle pene, sia isolatamente, sia preso in ragione composta col dolo.*

§. 5. *Vera misura della quantità dei delitti desunta dalla* spinta criminosa, e *dal principio di* adequazione.

§. 6. *Se l'applicazione della pena di morte ai gravissimi delitti ripugni ai princıpj del magistero penale.*

§. I.

La parola *quantità*, sebbene esprima un' idea semplicissima più facile a concepirsi che a definirsi, può con giustezza dirsi che sia *il modo di essere di una cosa in quanto è suscettibile di dimensione.* Da questa definizione si comprende, che la quantità è un attributo proprio degli enti fisici, e quando ap-

plicasi agli enti morali, ciò avviene in un senso metaforico, perchè sotto un qualche aspetto si considerano di maggiore o di minore momento.

Ora quale sarà il punto di vista sotto il quale i delitti potranno considerarsi di maggiore o minore momento, o, in altri termini, quali saranno i dati che costituiranno la *quantità dei delitti ?*

Prima di tutto avvertiamo, che questa ricerca sarebbe meramente accademica, anzi del tutto frivola, se non fosse diretta a conoscere nella quantità dei delitti la vera misura della *pena* che si deve loro applicare per giustizia, cioè per restituire lo stato sociale a quell' equilibrio, che viene distrutto dall' azione criminosa. Dunque la quantità dei delitti è nel linguaggio del Giuspubblicista rappresentata da — *quel complesso di circostanze, che in ogni offesa sociale si verificano più o meno energicamente, e dalle quali emerge in ragione diretta il più, ed il meno della pena d' applicarsi ai singoli delitti per raggiungere lo scopo della penale sanzione.* (1)

Ciò premesso, la risposta al suddetto quesito è per una parte piana e facile scendendo dalle dottrine già ne' trascorsi capitoli spiegate: per l' altra è involuta in non lievi difficoltà.

È facile, finchè ci limitiamo a dire, che la pena essendo la riparazione del danno sociale, il più ed il meno degli elementi di questo danno costituisce la quantità d' ogni singolo delitto, e con essa la quantità della pena ne' singoli casi giustamente applicabile. È involuta, se c' inoltriamo a vedere, quali sieno poi gli elementi, o, in altri termini, i dati estimativi di questo danno. Ora di questi dati noi ci occuperemo

(1) Taluno potrebbe forse obbiettarmi che la materia che io qui imprendo a trattare appartenga al lib. II. Due riflessi però concorrono a giustificarmi. Il primo è, che i *dati*, di cui qui andiamo in traccia, emergono dall' indole stessa dei delitti, e perciò la loro ricerca appartiene a questo primo libro. L' altro è, che molte importanti questioni, che fra poco ci si presenteranno, non potrebbero rettamente risolversi senza una preventiva idea della quantità dei delitti.

estesamente nel §. V. di questo capitolo. Intanto poichè a raggiungere il vero giova il premunirsi contro le false dottrine, noi esamineremo nei tre seguenti paragrafi le più famigerate opinioni sulla quantità dei delitti, oggi riconosciute manifestamente erronee, od almeno incomplete ed insufficienti.

§. II.

Celebre fu presso gli antichi l'opinione degli Stoici, che tutti i delitti fossero uguali. Lo che se vero fosse, sarebbe affatto inutile l'odierna nostra ricerca, poichè in tal caso i delitti non sarebbero suscettibili di quantità, nè di gradazione di pena. Se il Fondatore della setta stoica non fosse stato posteriore a Dracone, si direbbe che la legislazione di quest'ultimo avesse avuto ispirazione dal primo. Imperciocchè Dracone nel dettar leggi ad Atene ordinò, che tutti i delitti fossero puniti di morte; ma il fatto sta che un piano di leggi sì inetto cadde bentosto in disuso, e gli Ateniesi chiamarono Solone a ricostruire su basi migliori il sociale edifizio. Del resto è di amena erudizione il conoscere quali fossero i principali argomenti, di cui valevansi gli Stoici per sostenere la loro opinione. *In quel modo*, essi dicevano, *che del vero non v'è cosa più vera, nè del falso cosa più falsa, così non v'è fraude maggior della fraude, nè peccato maggior del peccato. Imperciocchè sì quello che dista da Canopo cento stadj, come quello che ne dista uno, ambidue non sono in Canopo* (1). Se gli argomenti che si traggono dalle similitudini sono sempre deboli, sono poi debolissimi quando fra le cose paragonate non v'è analogia. Il vero non ha gradi, perchè la verità subbiettiva, a cui qui si allude, consiste nella uniformità del giudizio allo stato reale delle cose, e l'idea di uniformità non ammette nè il più nè il meno, ma solo l'essere o il non essere. Ma può forse dirsi lo stesso dei delitti? Quale analogia vi è mai fra la essenza semplicissima della verità, e quella cotanto complessa del de-

(1) Diog. Laert. lib. VII. pag. 437. Edit. Agrippin. 1535.

litto? L'altro paragone tratto dalla maggiore o minore distanza da un luogo o città potrebbe ritorcersi contro gli Stoici, e dire che chi leggermente delinque può più presto tornare al sentiero della virtù, di colui che gravemente e reiteratamente pecca, appunto come chi dista un solo stadio da Canopo può ritornarvi più presto di quello che ne dista cento. Ma abbandoniamo le similitudini, e risolviamo la questione con un solo argomento. O l'opinione degli Stoici si vuol prendere in senso morale, o in senso politico. Se si prende in senso morale, facilmente si vedrà che la maggiore o minore perversità di cuore, in forza di cui l'uomo pecca, e il maggiore o minor danno che reca, attribuiscono una maggiore o minore gravità al peccato che commette. O si prende in senso politico, ed a persuadersi della graduabilità dei delitti basterà il riflettere, che fra i medesimi altri arrecano un maggior vantaggio al delinquente, altri un minore, per cui se tutti si punissero con pena uguale, ne verrebbe che i malvagi commetterebbero con somma frequenza i primi; e siccome al maggior vantaggio del delinquente è annesso per lo più il maggior danno mediato e immediato, così ne verrebbe di conseguenza che la Società civile diverrebbe tosto il teatro de' più gravi disordini, e quindi passerebbe allo stato di dissoluzione e distruzione (1).

§. III.

Presentasi dopo ciò l'opinione di qualche Scrittore, il quale ha voluto sostenere che la quantità dei delitti si dovesse desumere *dai gradi di malizia o di dolo, con cui il delinquente*

(1) L'opinione degli Stoici fu derisa da Orazio nelle sue satire lib. 1 Sat. III. e riprovata da Cicerone nell'Orazione *pro Muraena*. Ma Tullio stesso la prese poi a difendere ne' suoi paradossi più con artificio oratorio che con nerbo filosofico. Egli ebbe in mira, come si esprime, d'incitar maggiormente gli uomini ad una severa virtù, ponendo loro in vista, che ogni neo la scancelli; ma, come bene osserva il Renazzi, questa opinione sarebbe sommamente infesta alla morale. Ella è perciò anche condannata dalla Religione.

ha commesso il delitto. Per procedere regolarmente in quest' indagine è d' uopo prima di tutto avvertire, che la malizia non può col dolo confondersi, perchè essenzialmente l'una dall'altro differisce. La parola *malizia* esprime la perversità di cuore, con cui taluno commise il peccato o il delitto: essa è suscettibile di gradi, i quali dipendono dalla maggiore o minor abitudine al vizio, dalla maggiore o minore forza che esercitano sul cuor dell' uomo la religione, l' educazione etc. Ma questi gradi sono troppo nascosti negl' intimi recessi del cuore umano, per poter servire di norma alle misure politico-legislative. Alla malizia certamente volle alludere il Beccaria quando disse, che se si dovessero misurare i delitti dalla intenzione dei delinquenti, converrebbe fare un codice per ogni uomo. Ed il Carmignani anch' egli osservò che la malizia è di esclusiva competenza del Moralista. Questi estendendo le sue viste su tutti i doveri dell' uomo sì interni che esterni, tanto verso Dio quanto verso gli altri e verso se stesso, spingendo le sue indagini nella intimità dell' uman cuore mediante l' appoggio della *certezza intrinseca,* è competente a disputare della malizia degli uomini: non così il Criminalista, le cui vedute sono circoscritte nei confini della *certezza estrinseca.*

Ma se la malizia non può essere la misura dei delitti, potrà almeno questa ricavarsi dal dolo? Vedemmo nel precedente capitolo, che il dolo non è suscettibile di gradi; ma fu pur veduto, ch' egli è divisibile in due specie, che queste specie sono il dolo *di proposito*, il dolo *d' impeto*; che i delitti commessi col concorso del primo meritano una grave pena, e che viceversa una mite sanzione penale deve applicarsi alle offese sociali avvenute per dolo d' impeto. Ecco dunque, dirà taluno, la giusta misura di punire; non v' è bisogno di cercare più oltre.

A guardarci però da questa conclusione, che porterebbe a gravi errori, giovano le seguenti considerazioni. O si vuole che il dolo sia per se solo la misura dei delitti, ed allora si cade in manifesti assurdi, perchè converrebbe punire dippiù il furto semplice di pochi scudi che un omicidio in rissa, ed inoltre

sparirebbe ogni differenza di pena fra i furti semplici ed i qualificati, per tacere d'altri sconci. O si vuole che il dolo influisca nella misura dei delitti associato ad altri elementi, e in tal caso si viene ad ammettere l'imperfezione di un sistema penale, che sul dolo soltanto sia appoggiato, e risorge l'obligo di rintracciare altri dati, i quali o per se stessi o insiem col dolo costituiscano la vera quantità dei delitti.

§. IV.

Volgiamoci ora a considerare se il danno immediato, che proviene dal delitto, possa essere la norma statuente delle pene, opinione, che fu da taluni attribuita al Beccaria, ma erroneamente come vedremo a suo luogo.

Il danno fu giustamente definito dal G. C. Paulo nella leg. 3. ff. *de damno infecto* una diminuzione del patrimonio. Il patrimonio del cittadino, qual'egli lo riceve dalla natura e gli viene assicurato dalla società, è costituito dalla sua proprietà personale, dall'ordine di sua famiglia, dalla sua proprietà reale, infine dalla sua estimazione. Fra questi beni altri sono più importanti, altri meno, cosa troppo facile ad esser sentita per aver bisogno di spiegazione. Il delitto poi toglie al cittadino ora l'uno ora l'altro dei detti beni, ora più di essi ad un tempo: quindi è chiaro, che il delitto ora reca un maggiore ora un minor danno al cittadino offeso.

Ma a servirsi del danno immediato per norma statuente delle pene ripugnano più ragioni:

1.° Il danno, il quale è un effetto delle umane azioni, può emergere da molte azioni pel loro fine lodevoli. Non è nuovo, che con ottima intenzione si rechi danno ad altrui, e qui cade in acconcio quell'oracolo greco, che riferisce il Renazzi:

» *Carum occidisti, dum vis succurrere; nullum*
» *Crimen habes; manus est tibi purior ac fuit ante.*

2.° Niuno ha mai dubitato che un danno recato altrui con diritto non è punibile: dunque converrà supporre per lo meno un danno *ingiusto.*

3.° Un danno ingiusto recato involontariamente e per mero caso è parimenti immune da imputabilità: dunque converrà supporre un danno *ingiurioso* e *imputabile.*

4.° Alcuni delitti apportano il danno politico senza alcun danno immediato. La congiura repressa prima che scoppii ne offre un esempio.

5.° Finalmente la misura dedotta dal danno è totalmente ripugnante nella sua applicazione ai delitti così detti qualificati. Ci sia lecito servirci di un esempio immaginato dal Romagnosi. Tre fratelli commercianti dividono fra loro la cassa comune in tre parti eguali, e ciascuno colloca la sua nella rispettiva casa. Al primo vien tolto tutto il danaro da un ladro che trova la porta e lo scrigno aperti. Al secondo avviene lo stesso per opera di un ladro che sale per la finestra. Al terzo accade il medesimo infortunio per opera di un altro, che, oltre il salire per la finestra, si vale per commettere il furto di chiave falsa o grimaldello. Stando alla misura del danno converrebbe punire tutti tre quei ladri ugualmente. Eppure il solo senso comune suggerisce il contrario.

Nè gl'inconvenienti derivanti dal prendere per misura del delitto il danno fisico causato dal medesimo cesserebbero, ove si pretendesse di congiungerlo al dolo del delinquente, e crearne così una ragione composta per estimare l'entità delle azioni criminose. Con una serie di esempj mostreremo erroneo questo sistema: chè di soli esempj possiam qui valerci, poichè facendo uso di ragioni dedotte dalla filosofia della scienza saremmo costretti ad esporre prematuramente alcune nozioni, che sono ad altro luogo come a propria loro sede riservate. Nel furto domestico di scudi 100 avvi egual dolo ed egual danno, che in quello commesso da un estraneo in parità di circostanze: colui che invola dai paseoli un bove, un cavallo, una mandra di pecore, si trova in parita di dolo e di danno con quello che fura tali quadrupedi da una stalla annessa all'abitato trovata

aperta: il cassiere di un pubblico stabilimento, che fraudolentemente si appropria scudi mille sulla pecunia da lui amministrata è nella medesima parità in confronto di quello, che introdottosi furtivamente nel locale ove si depongono i denari ne invola la stessa somma: il tutore che stupra la pupilla reca lo stesso danno che produrrebbe qualunque altro stupratore, ed agisce con *dolo di proposito* al pari d'ogni altro violatore della vergine. Finalmente che differenza v'è mai sia rapporto al dolo, sia rapporto al danno fra il furto semplice di scudi cento, e l'ablazione d'egual somma commessa con chiavi false con frattura, con insalizione? Eppure in tutti i suddetti casi e in altri molti i principj della Scienza ed i Codici delle nazioni incivilite statuiscono rispettivamente una differenza più o meno forte di pena per una ragione, che dal dolo e dal danno cumulativamente presi non saprebbe dedursi, e che noi a suo luogo avremo cura di sviluppare.

Dunque anche quest'ultima dottrina è manifestamente falsa. Ma basti il fin qui detto, e volgiamoci allo scioglimento della questione (1).

§. V.

Richiamiamo il primo anello delle nostre idee. Noi abbiam detto che la ragione finale della pena, che l'umano potere infligge al delinquente, è riposta nel diritto e dovere insieme, che ha il Governo, di far cessare mediante l'applicazione di pene efficaci il danno sociale derivante dai delitti. Dunque il più ed il meno della pena dovrà essere in ragione

(1) Il Renazzi proponendosi di confutare tutte le opinioni erronee intorno alla quantità dei delitti, che ai suoi tempi dominavano nelle scuole, si fece anche a censurare quella dei Prammatici, che deducono la quantità dei delitti dalla maggiore o minore gravezza delle pene. Ma questa censura non è giusta: imperciocchè il loro linguaggio presuppone la Legislazione costituita; nel qual caso nulla ripugna che si chiamino maggiori quei delitti a cui dal supremo Imperante è assegnata una maggior pena, minori quelli a cui è serbata una pena minore.

di questo danno, e non altrimenti, in quella guisa che colui il quale recò ad altrui un danno fisico di scudi cento, non lo risarcisce equamente nè collo sborso alla parte danneggiata di scudi ottanta nè con quello di scudi centoventi; rimanendo nel primo caso una parte di danno irrisarcita, e verificandosi nel secondo una jattura dal lato del riparante.

Ma come si farà a sottoporre a calcolo il più ed il meno del danno sociale per adequarvi la pena? Quanto è facile lo estimare il *danno fisico ed immediato* del delitto, perchè cade sotto i sensi, altrettanto è difficile il librare giustamente il danno sociale, che costa di varii elementi morali. Ora ad istituire questa non facile estimazione, giova mirabilmente la teoria della *spinta criminosa* del Romagnosi, come ci facciamo a dimostrare.

Analiziamo prima di tutto gli estremi che costituiscono questa spinta.

Il delitto essendo il risultamento di un'azione interna e di una esterna dell'uomo fra loro strettamente connesse, offre al politico due parti da considerare: la *deliberazione*, e l'*esecuzione*. La prima è l'effetto dell'umana volontà: dunque l'uomo prima di commettere il delitto lo deve volere. Ma il volere presuppone un motivo della *volizione*, e questo motivo non può essere che un piacere derivante dal frutto, dal vantaggio sensibile, che il delinquente si propone di trarre dal delitto, e di cui egli si crea un bene. Questo bene non è che apparente, ma il malvagio nel suo intelletto se ne forma un idolo, lo vagheggia colla volontà, e si determina ad abbracciarlo con tanto maggior trasporto di desiderio, quanto più grande è il frutto è il vantaggio, che l'indole del delitto gli ripromette. In questo desiderio più o meno energico del delinquente sta il primo elemento della spinta criminosa.

Ma dopochè l'umana volontà si è determinata ad un'azione, l'intelletto considera quali saranno i mezzi opportuni ad eseguirla. Non v'ha delitto, il quale non presenti un qualche naturale ostacolo. Se il malvagio vuol togliere la vita ad una persona odiata, sa che deve temere la di lei reazione, il soc-

corso degli amici ed attinenti di lei, i suoi clamori, le sue grida, e le conseguenze di queste: se vuole attentare alle sostanze di un ricco proprietario, sa che deve superare tutti quei mezzi di sicurezza, con cui il diligente padre di famiglia custodisce il suo danaro e le altre sue cose: se vuole insidiare il fior verginale d'una illibata donzella, sa che deve sormontare l'ostacolo del naturale pudore; e così dicasi di ogni altro caso. Ora l'uomo malvagio, tutto ciò considerato, se persiste nell'idea del delitto, è segno che ha fermato in sua mente di superare o colla *violenza*, o colla *fraude* odiosa al pari se non più della violenza (1), gli ostacoli che oppone l'ordine fisico e morale delle cose al misfatto. Egli dunque procede all'esecuzione del suo turpe divisamento con mezzi *violenti* o *frodolenti*, dai quali il soggetto passivo del delitto o non può salvarsi, o nol può che assai difficilmente. Nell'uso di questi mezzi sta l'*audacia*, senza la quale i delitti della suesposta natura non si eseguirebbero, audacia che costituisce il secondo elemento della spinta criminosa.

V'ha poi un'altra specie di *audacia*, che spesso concorre nell'azione criminosa in luogo di quella che si è testè spiegata. L'organismo sociale porta di assoluta necessità che gli uomini prestino a taluni cittadini in certe date circostanze una fiducia per conseguire un'effetto di utilità sensibile o di utilità morale. Così l'orfana donzella si affida al tutore, perchè la difenda e ne curi la buona educazione: così al domestico si affidano i nostri effetti, perchè li custodisca e ne impedisca la dispersione: così a pubblico officiale appellato *cassiere* si affida il denaro della massa sociale, perchè chi tiene in pugno la sovranità gravato di molti officii d'altissima im-

(1) D'ogni malizia, ch'odio in cielo acquista,
Ingiuria è il fine, ed ogni fin cotale
O con forza o con frode altrui contrista.
Ma perchè frode è dell'uom proprio male,
Più spiace a Dio:
Dante Inferno XI.

portanza non potrebbe pensare all'esazione della pecunia pubblica, alla custodia e all'erogazione di essa ne' modi voluti dal buon ordine economico della sociale aggregazione. Ora se il tutore lungi dal vegliare al pudore della pupilla lo insidia, se il domestico lungi dall'aver cura delle cose nostre le ruba, se il cassiere lungi dal custodire il denaro pubblico se lo appropria, non è questa un'audacia pari ne' suoi effetti a quella dianzi spiegata? Il violento, il frodolento dicesi *audace*, perchè colla violenza o colla frode supera gli ostacoli naturali, che si frappongono al delitto. Il tutore, il domestico, il cassiere nei surriferiti casi sono *audaci*, perchè superano l'ostacolo morale della fiducia in loro riposta, e sono sì sfrontati da volgere questa fiducia a delusione di quel santo fine, pel quale è istituita. O l'una o l'altra specie di audacia fin qui discorsa concorrono in qualsivoglia *meditato* delitto.

Finalmente il cittadino prima di delinquere sa, che la legge veglia alla tutela sociale, e punisce quelli che attentano alla sociale sicurezza: sa che col delinquere si rende responsabile di una pena, e che questa pena è un dolore, cioè la privazione di un bene: dunque per un effetto invincibile di quella ripugnanza, che l'uomo sente pei dolori, sarà più o meno arrestato dal delinquere dal timore della pena. Dunque sarà tanto più spinto al delitto, quanto maggiore sarà in lui la speranza di sfuggire la sanzione penale. Dunque la *lusinga dell'impunità* è il terzo elemento della spinta criminosa.

Questi tre elementi sono tutti tre suscettibili di aumento e di decremento. Il frutto del delitto può essere di maggiore o minore entità, e può essere più o meno desiderevole agli occhi del malvagio: l'audacia è maggiore o minore giusta il maggiore o minor grado di violenza, di frode o del tradimento di fiducia inerenti ai mezzi, onde servesi il delinquente per eseguire il misfatto: la speranza finalmente dell'impunità può essere maggiore o minore a seconda che il delitto è di sua natura più o meno occultabile, e diviene poi gigantesca quando il misfatto è di tale natura, che portato alla pienezza del suo esito rende il delinquente superiore alla legge e perciò impunibile, lo che si verifica in molti delitti politici.

E notisi che questi tre elementi, i quali concorrono a rendere più o meno interessante pel malvagio l'azione criminosa, discendono tutti dall'indole e dai caratteri del delitto (1).

Ora è nostro debito il render ragione del perchè giusta il crescere o decrescere dei suddetti tre elementi deve aumentarsi o diminuirsi anche la pena. Questo perchè dipende dal mostrare, che il danno sociale cresce e decresce in ragione diretta e composta dei sopradescritti elementi della spinta. E che sia così apparirà luminosamente dalle seguenti osservazioni.

1.° Quanto più il bene apparente, ossia il frutto derivante dell'azione criminosa, ha maggiori attrattive pel delinquente, tanto più grande è l'apprensione da cui sono colpiti i cittadini per l'avvenimento del delitto. Essi sentono più al vivo la minaccia del corrispondente diritto violato, in pensando che se il delinquente non soffrirà una pena atta per la sua entità a controbilanciare l'attrattiva del delitto, l'esempio di questo andrà siffattamente a reiterarsi da far loro perdere la sicurezza di quel corrispondente diritto violato. Questa è la ragione, per cui si applica una pena maggiore al furto di scudi cento che a quello di scudi venti, ragione che invano si pretenderebbe dedurre dal danno fisico ed immediato del delitto, perchè può essere maggior danno in quest'ultimo senso il togliere scudi venti al miserabile colono che cento al ricco e splendido proprietario.

2.° L'apprensione de' cittadini, che è quanto dire il danno sociale del delitto, cresce e decresce in ragion diretta della violenza o della frode, o del tradimento di fiducia inerenti ai mezzi usati per delinquere, ossia dell'audacia con cui il delinquente superò gli ostacoli naturali o morali, che si frapponevano all'eseguimento dell'offesa sociale. Difatti palpitano più i cittadini alla notizia dell'omicidio proditorio o insidioso che dell'omicidio doloso semplice, più all'udire la grassazione e la rapina che il furto qualificato per male arti, più all'udire quest'ultimo furto che l'ablazione del denaro altrui

(1) Veggasi la nota 1. di questo capitolo.

destituita da qualità gravante, più all'udire lo stupro commesso dal tutore sulla pupilla che un altro stupro, più alla notizia dello spoglio del padre di famiglia commesso dal domestico che se lo spoglio stesso sia avvenuto per opera d'un estraneo, e così d'infiniti altri consimili esempj. Dunque in tutti questi casi maggiore proporzionatamente deve essere il risarcimento del danno, cioè il castigo.

3.° L'apprensione de' cittadini, e con essa il danno sociale, cresce e decresce in ragione diretta del maggiore o minor grado di probabilità, che il delitto vada impunito. Difatti l'apprensione de' cittadini è sommamente grave allorchè odono essersi commesso un veneficio, ed è poi gravissima al verificarsi di qualunque trama diretta, a cagion d'esempio, al regicidio, o alla distruzione del Governo, o a dare la patria in balia di straniero conquistatore. Anche questo terzo elemento adunque è misura del danno sociale, ed influisce perciò anch'esso nella quantità della pena.

Dalle cose fin qui dette risulta luminosamente provato, che i tre elementi della spinta criminosa servono a misurare la vera entità del danno sociale, e così indicano al Legislatore sino a qual grado egli deve punire i delitti per riparare il danno stesso e in tal modo tutelare il consorzio civile e con esso la sicurezza ed il perfezionamento dell'uomo.

E qui è opportuno il considerare come la teoria fin qui spiegata si presti mirabilmente a dimostrare la ragione, per la quale ai delitti commessi con dolo *d'impeto* si applichi una pena assai minore di quella, ch'è riservata ai misfatti operati con dolo *di proposito*. Eccola, come può scorgerla qualunque mediocre intelletto. Nei delitti d'impeto manca affatto l'*audacia* propriamente detta, e sono poi incomparabilmente minori il primo ed il terzo elemento della spinta criminosa al confronto di quanto si verifica nei misfatti accompagnati dal dolo *di proposito*; imperocchè le passioni impetuose non permettono al delinquente nè di considerare maturamente il bene apparente, che può derivare dal delitto, nè di scegliere que' mezzi, che rendono occultabile l'offesa sociale.

Facciamo ora una importante riflessione. Sarebbe mai possibile lo escogitare per l'umana autorità una norma di punire più giusta di quella che discende dalla spinta criminosa? Se il danno sociale consiste nell'apprensione, che provano i cittadini alla notizia del delitto sentendosi minacciati nella sicurezza o della persona o degli averi o dell'ordine di famiglia o della estimazione (cap. I. §. IV.), se quest'apprensione cessa allora soltanto, che essi vedono applicata al delinquente una pena efficace a retrospingere i malvagi dalla tentazione di rinnovar l'esempio del delitto (cap. I. ivi), se l'efficacia della pena consiste appunto in una forza repulsiva atta a frenare nella massima parte de' malvagi, se non in tutti, la forza impulsiva, ossiano gli allettamenti, che presenta il delitto, se in fine questa forza impulsiva questi allettamenti sono appunto ciò che costituisce la *spinta criminosa*, sarà chiaro quanto la luce del meriggio che la Sovranità punendo più o meno in proporzione di questa spinta fa cessare il danno sociale proveniente dal delitto, difende giustamente e validamente il civile consorzio, e così adempie il precipuo ufficio, pel quale l'Ente Supremo la istituì. Ma veniamo ad una dimostrazione anche più stringente.

Fra i moltiplici sistemi, che i Giuspubblicisti immaginarono per misurare la quantità del delitto, e con essa il *quanto* della pena, se ne prescelga uno qualunque. O esso darà un risultato eguale al nostro, ed allora la questione non sarà che nei termini, e noi ci terremo paghi che si presti omaggio alla verità, ancorchè si scambii la terminologia. O darà un risultato diverso, e questo dovrà necessariamente presentare una pena o *minore* o *maggiore* di quella, che discende dalla spinta criminosa. Se presenta una pena minore, questa essendo inferiore agli allettamenti, che portano i malvagi a delinquere, sarà necessariamente inefficace: i cattivi non saranno frenati: i delitti ogni giorno più cresceranno: la società civile verrà tratta rapidamente all'esizio. Se presenta una pena *maggiore*, questa nel suo eccesso sarà assolutamente ingiusta, perchè non può l'umana autorità infliggere al delinquente un male

maggiore di quello, che è necessario a far cessare il danno sociale, ch'è quanto dire a proteggere e difendere la sicurezza del civile consorzio, imperocchè la sola necessità di questa difesa è quella che dà titolo all'umana autorità di affliggere il delinquente (cap. II. §. III.). Nè si dica, che questi avendo offesa col delitto la Divinità, non può dolersi di qualunque pena eccessiva che al Governo piaccia d'infliggergli. Ci è facile il torre di mezzo quest'obbiezione sotto il palladio delle più auguste verità rivelate. Nel grembo della cattolica luce, la quale ci mostra nel Verbo incarnato il soave e venerando mistero della umana redenzione, non si può ignorare, esservi de' mezzi di riconciliazione dell'uomo veramente pentito con Dio. Allorchè l'umana autorità punisce il delinquente, ella non può conoscere se l'Ente Supremo gli abbia o no perdonato. In questa incertezza come potrebbe esser giustificata la pena, che presentasse un'eccesso al di là del vero mandato, che la Sovranità ebbe da Dio, la difesa del consorzio civile? Dunque la pena, che eccede la quantità necessaria a reprimere la spinta criminosa, è assolutamente ingiusta.

Da queste dimostrazioni discende un canone importante della scienza nostra — *la quantità della pena non deve eccedere la riparazione del danno sociale* (1), *ossia deve*

(1) Travide questo concetto il Beccaria, e chiaramente lo espresse, senza però dargli quello sviluppo che la materia esigeva, come osserva lo stesso suo più grande encomiatore. Difatti nel §. XXVI. della sua celebre opera già altrove citata così si trova scritto — *abbiam veduto qual sia la vera misura dei delitti*, *cioè IL DANNO DELLA SOCIETA'* — Ciò era un dire colla maggior lucidezza del mondo che la misura dei delitti è il danno sociale. Eccita quindi somma meraviglia il leggere la seguente critica dell'Avvocato Massa di Mentone —. *Si nega che l'unica e vera misura dei delitti sia il danno fatto alla nazione. Un furioso, un nottambolo, o come i francesi più giustamente dicono sonnambolo, son capaci di eccessi. Si suppongano questi. Vi sarà un danno, un pregiudizio alla nazione; non perciò vi sarà un delitto.* È manifesto che il critico frantese il pensiero del filosofo, che imprese a censurare. Questi parla del danno sociale, ossia politico: quegli trasporta la disputa sul danno fisico ed immediato dell'azione

essere *quanto basta*, *ma non più di quanto richiedesi a reprimere la spinta criminosa de' malvagi* e *così difendere la sicurezza del civile consorzio.*

Ma la giustizia sociale non si limita a designare la *quantità della pena*: essa estende il suo dominio anche sulla *qualità* di essa, cioè sulla *specie* del male, che s' infligge al delinquente; imperocchè la giustizia stessa sarebbe lesa se la *qualità* del male, in cui consiste la pena, eccedesse in entità il danno sociale inerente al delitto. Ecco ciò, che ora ci proponiamo di dimostrare.

Tanto il delitto quanto la pena trovansi in istretto rapporto coi beni che costituiscono il patrimonio dell' uomo-cittadino. Il delitto in fatti o attacca nella Sovranità l' intero aggregato sociale, o tende a distruggere gli elementi, i quali ne costituiscono la stabilità od il fine, e in questi due casi può dirsi che infranga tutti in un colpo i beni sovra indicati, o percuote il cittadino in uno o più di quei diritti che costituiscono il suo essere civile, cioè la vita, l' integrità del corpo, la libertà della persona, l' ordine di famiglia, la proprietà reale, l' estimazione. La pena poi desumendosi da un dolore di passione o di privazione, consiste necessariamente nel togliere al delinquente, o 1.° la vita, o 2.° l' integrità del corpo, o 3.° la libertà della persona, o 4.° l'ordine di famiglia, o 5.° la proprietà reale, o 6.° l' estimazione. Di qui sorgono le varie *qualità* o *specie* della pena, cioè 1.° la morte

criminosa. Dippiù il Beccaria aveva detto, che il danno sociale è la misura dei delitti, non che il solo danno sia delitto, come il critico gli vorrebbe, invertendo il senso, far dire. Del resto l'illustre Milanese avrebbe potuto trionfantemente rispondere al Massa, che nell' eccesso operato dal furioso e dal sonnambolo non v' è danno sociale, cosa da noi dimostrata alla pag. 22. di questo volume. Ma le politiche verità spesso prese a bersaglio dai contemporanei non di rado trovano appo i posteri giustizia, e il Beccaria la conseguì per opera del grande Giuspubblicista toscano, il Carmignani, che adottò e lumeggiò con mirabile maestria il di lui concetto. — *Teoria delle leggi della sicurezza sociale lib. 2. cap. V.*

2.° la mutilazione, la fustigazione, e simili: 3.° e 4.° la reclusione, la deportazione, e cotali altre, le quali privano anche il delinquente dell'ordine di famiglia, perchè l'uomo tolto per la pena alla sua libertà e separato dai suoi concittadini perde anche finchè dura il castigo l'esercizio dei diritti di famiglia: 5.° le pene pecuniarie: 6.° le pene infamanti. Notisi che qui esaminiamo la cosa nella sua generalità per abbracciare tutti i materiali della pena, serbando ad altro luogo il dimostrare, che alcuni di que' modi di punire sono riprovati dal buon senso.

Ora il precetto della giustizia sociale circa la qualità della pena è, che nell'attribuire le varie specie di essa ai varj delitti si serbi l'ADEQUAZIONE, cioè che fra il diritto conculcato dall'azione criminosa e la pena vi sia *corrispondenza di entità* in modo che non vengasi col castigo a togliere al delinquente un *diritto sommamente più prezioso* di quello, che esso coll'azione criminosa ha violato. Perciò sarebbe enormemente lesa la giustizia, se per reprimere un delitto, che attacca la proprietà reale o l'estimazione, beni la cui perdita è riparabile, ovvero l'integrità del corpo, il quale dopo la lesione torni allo stato normale, o la libertà dell'individuo, che può essergli dal poter pubblico restituita, o finalmente l'ordine di famiglia, il quale ammette restaurazione, si applicasse al delinquente una pena estrema ed irretrattabile, cioè l'ultimo supplizio. Rammentiamoci, che l'uomo è di sua natura inviolabile, ch'egli col delitto perde la sua inviolabilità, ma la perde soltanto in quella specie e quantità, ch'è necessaria a risarcire il danno sociale. Dunque la eccedenza nella *specie* della pena al confronto del diritto violato ripugna all'idea della propria ed equa riparazione del danno, ripugna alla giustizia.

Da questo principio discende una verità, che nel libro IV. di quest'opera vedremo costantemente applicata, cioè che la pena di morte non può essere inflitta come mezzo di riparazione di que' delitti, i quali nè *in atto* nè *in potenza* nè *direttamente* nè *indirettamente* distruggono o tendono a distruggere la personalità umana.

Non credasi poi che il canone dell' *adequazione* testè spiegato racchiuda lo sconcio di far dipendere la pena dal danno fisico derivante dal delitto. No : noi qui continoviamo a prender norma dal danno sociale. Difatti chi non vede , che dal furto per esempio nasce ne' cittadini l' apprensione della perdita delle sostanze , dallo stupro l' apprensione della perdita dell' ordine di famiglia , dal libello famoso l' apprensione della perdita dell' estimazione , dall' omicidio in fine l' apprensione della perdita della vita ? Dunque il principio dell' adequazione riceve anch' esso la sua origine la sua base dall' entità del danno sociale.

Concludiamo adunque epilogando tutte le idee esposte nel presente paragrafo. Se la pena è il risarcimento del danno sociale cagionato coll' azione criminosa , il diritto di punire sarà necessariamente circoscritto dai due seguenti limiti : *1.° non punire al di là di quanto è necessario a restituire la calma e la sicurezza ai cittadini : 2.° non punire in modo che il male inflitto al delinquente superi il male da lui cagionato col delitto.*

Ho detto *limiti* , che è quanto dire teoremi che segnano il *non plus ultra* della pena civile. Tale essendo la loro essenziale natura , ne derivano due corollarj per la scienza nostra di grave importanza , cioè 1.° che l' un limite può servire di ulteriore restrizione all' altro , mentre ciò può farsi senza porli fra loro in contraddizione , in quella guisa che in matematica una quantità inferiore a cinque è necessariamente inferiore anche a sette , e perciò rispettando il primo limite io rispetto anche l' altro : 2.° che l' uno non può servire di ampliazione all' altro , perchè in tal caso l' uno dei due sarebbe distrutto. Con due casi pratici rendo chiare queste verità.

1.° Un cittadino pacifico incontrasi con un ribaldo , il quale o per disprezzo o per odio o per invidia gli vomita contro molte villanie , e a queste non pago trascende ad offenderlo nella persona. Tenta il primo di ridurre a buon senno il secondo , ma questi non ode ragione , e persiste nelle personali offese , sì che il primo estratta un' arma l' uccide , e quindi si con-

segna da se stesso all' umana giustizia. Stando al solo teorema dell' *adequazione*, io potrei punire di morte l' omicida. Ma sottentra l' altro principio, e mi avverte che una pena assai minore della morte è sufficiente a risarcire il danno sociale. Imperciocchè i cittadini alla notizia del fatto considerano, che l' ucciso fu causa col suo ingiusto ed insolente operato della luttuosa fine, onde fu colpito: considerano, ch' è in loro facoltà l' evitare una simile catastrofe, astenendosi da ingiuste provocazioni; considerano, che l' omicida era probabilmente un uomo riverente e sommesso alle leggi, che trascese per impeto di violenta passione, e che fuori della esposta concitazione d' affetti non avrebbe mai versato il sangue del suo simile: considerano infine, che in quell' omicida più infelice che colpevole non fuvvi audacia, non speranza dell' impunità, e se fuvvi desiderio d' uccidere egli lo concepì con tanta rapidità, che il grado di questo desiderio fu minimo. Dopo tutto ciò sottentra la voce dell' umana coscienza spesso più illuminata del filosofo ragionatore, e proclama che l' omicida non ha meritata la morte, ma una pena assai minore pel suo eccesso di difesa, come sarebbe a mo' d' esempio la prigionia di due o tre anni, e che questa pena minore è sufficiente nel caso a ridonare la tranquillità al civile consorzio.

2.° Veduto così, che l' un limite può benissimo servire a circoscrivere ulteriormente l' altro, veduto eziandio nel tempo stesso, che il secondo limite cede e si restringe entro una sfera anche più angusta quando ciò sia reclamato dal primo, passiamo a dimostrare anche qui con caso pratico, che chi volesse far servire il primo di ampliazione al secondo volgerebbe il tergo alla giustizia assoluta, darebbe al dritto di punire un carattere meramente politico, ne falserebbe la natura e lo convertirebbe in pretto stromento di difesa indiretta. Ci piace però di avvertire previamente come non essendo concepibile, che il danno sociale non si risarcisca mediante l' applicazione al delinquente di un male equivalente a quello, che conteneva in atto o in potenza il suo delitto, il bisogno di violare il secondo teorema per servire al primo sarà sempre immaginario e non reale.

Avviene in un punto del globo un' annata infelice, che apporta ai cittadini grave penuria de' mezzi di prima necessità. Il commercio languente, le arti depresse, la scarsezza del numerario rendono arduo il trar viveri dalle limitrofe nazioni. La classe più bisognosa abbandonasi al furto, e questo diviene più del solito frequente. Ora fingasi che il Governo per appagare l'esagerata apprensione de' ricchi proclami che sarà punito di galera perpetua o di morte chi con male arti commetterà il furto fino a una data somma. Non è egli evidente, che decretando siffatti rigori ripugnanti al precetto dell'adequazione, perchè sproporzionati al male del delitto, si converte la pena in mero stromento politico, ossia di difesa indiretta? Senza dubbio. Il Governo con siffatta legge viene a dire implicitamente ai delinquenti. *Io non vi punisco con quella misura che merita il vostro misfatto, ma esagero la pena per incutere terrore a chiunque fosse tentato di commettere il furto.* Non serve il dissimularlo. Ciò sarebbe un'applicazione della pretta scuola utilitaria.

Nè ad onestare un tal modo di punire gioverebbe il replicare, che la società civile deve essere ad ogni modo difesa. Guai se reggesse questa risposta! I più orrendi supplizj della tirannia sarebbero giustificati. D'altronde non v'ha chi ignori che a prevenire i delitti debbono concorrere due diverse categorie di mezzi, i non coattivi ed i coattivi, e noi de' primi già sponemmo a suo luogo l'indole e la estensione. Mercè di essi si favorisce l'industria, si sopprime l'ozio, si diffondono nelle masse le risorse pecuniarie, si migliora la publica educazione, si raggiunge in fine la virtù nazionale. Effetto necessario di tutto questo è che gli eccitamenti a delinquere si attenuano, e viene scemato il bisogno di rigore alle penali sanzioni. Così ordinate le cose (e non può altrimenti supporsi in una nazione retta da un provvido Governo) la pena adequata non può non essere di assoluta efficacia.

Avvi una sola *eccezione ampliativa*, se tale può dirsi, al principio dell'adequazione, e questa si verifica allorchè il male corrispondente al diritto leso mediante l'azione criminosa

non può applicarsi al delinquente come pena per una circostanza che non dipende dalla legge, ma deriva dallo stesso delinquente. Ciò avviene principalmente allorchè trattasi del furto. Gli autori di questo sono quasi sempre persone oziose, nullatenenti, le quali dall' usurpazione degli altrui averi pretendono trarre que' mezzi di sussistenza, che loro ripugna il procacciarsi colle oneste fatiche. Sarebbe mai possibile il punirli assoggettandoli a perdita pecuniaria? Nò: dunque è forza convolare alla pena prossima, cioè infligger loro la perdita della libertà. Nè con ciò si viola, rigorosamente parlando, il principio di adequazione. Difatti qual' è per l' ordinario se non sempre la causa motrice de' furti? La smodata tendenza all' ozio, l' odio della fatica. Or dunque di che può dolersi il ladro, se la Società per fargli risarcire il danno sociale derivante dal suo delitto lo rinchiude e l' obliga a quel lavoro, che fu all' uomo imposto come mezzo doveroso di provvedere alla propria sussistenza (1), e dal quale egli per vizioso abuso delle sue facoltà rifugge? Nè sarebbe ripugnante alla verità il dire, che il ladro col delitto viola ad un tempo l' altrui proprietà, e la propria libertà d' azione, perchè abusa di questa per togliere ciò ch' è d' altrui. Per tutte queste ragioni la perdita della libertà applicata alla repressione de' furti o non esce dai limiti dell' adequazione, o se n'esce, ciò avviene per un fatto imputabile al delinquente.

Questo ragionamento procede ancorchè trattisi di furto semplice. Che se poi volgasi il discorso a que' furti che si commettono con insalizione, con chiavi false, con rottura, e molto più se con qualche personale violenza, chi non vede che in tutti siffatti casi il delitto minaccia anche più o meno la sicurezza personale de' cittadini? Come è concepibile, che questi non provino un qualche senso di timore per la loro personale sicurezza all' udire, che il loro asilo domestico è violato, che il ladro con astuta audacia vi penetra, od è sì sfrontato che attacca la persona per riuscire nello spoglio?

(1) Liber genesis III. 17.

In tali casi la pena de' lavori forzati, per la quale il ladro perde la libertà per un tempo più o meno lungo, ed è costretto a faticosi lavori, non eccede certamente i limiti della adequazione.

Spiegati così i veri effetti giuridici del principio di adequazione, mi resta solo ad avvertire essere questa teoria del tutto differente da quella che appellasi *taglione*. Difatti la misura del taglione si risolve in una *regola positiva*, cioè che al delinquente si faccia soffrire quel male stesso ch' egli recò al soggetto passivo del suo delitto, e noi vedremo a suo luogo quali e quanti assurdi discendano da questa misura. L' adequazione al contrario non è che una *regola negativa*, cioè *non infliggere al delinquente un male maggiore di quello che presenta la natura del suo delitto*. Immensa dunque è la differenza, come immensa è la distanza che passa dal positivo al negativo. Dippiù il principio di adequazione non solo ammette, che si risparmii la vita del delinquente omicida quando questi trascese all' uccisione per impeto di affetti, come testè fu notato, ma comporta dippiù molti altri casi di sostituzione di una specie di pena più mite a quella più aspra, che paresse suggerita dalla qualità del delitto, i quali casi si avverano 1.° ogni qual volta quella pena più aspra così apparentemente suggerita sia inapplicabile o fisicamente o moralmente, ed ecco la ragione per cui il feritore, l' adultero ec. scontano con tanti anni di reclusione il loro delitto; 2.° ogni qual volta la pena più mite, senza mancare della necessaria efficacia, offre l' importante vantaggio di scemare i casi di que' castighi, i cui effetti colpiscono anche la famiglia del delinquente; ed ecco perchè alcuni prudenti legislatori decretano contro l' autore di una leggiera percossa o di altro lieve danno personale, invece della prigionia, il pagamento di una multa (1).

(1) Il Renazzi intravide il principio dell' adequazione, e lo espresse nella sua opera al libro 2. cap. IV. §. XVII. *de poenis criminibus adaequandis*. Egli invoca l' autorità di Cicerone nel libro III. de legibus, e di Montesquieu libro XII. capitolo IV. Ed in verità ambedue questi

§. VI.

Dopo le cose sin qui dette la questione sulla pena di morte, che a questo luogo serbammo (cap. II. §. IV.), può dirsi quasi di per sè risoluta. Avvertimmo già poc'anzi che la pena di cui trattasi sarebbe inapplicabile come ripugnante alla giustizia quando si pretendesse d'infliggerla come riparazione di que' delitti, che non apportano nè in atto nè in potenza nè direttamente nè indirettamente la distruzione della personalità umana. L'attuale ricerca adunque è limitata a vedere se la detta pena sia giusta quando si applichi contro quelle offese sociali, il cui effetto sia appunto comprensivo o tendente alla distruzione dell'umana personalità. La risposta sarà necessariamente affermativa, se l'imparziale ragione ci porterà a vedere che la pena di cui trattasi applicata entro quel limite non ripugna nè all'uno nè all'altro dei due teoremi — *non punire al di là di quanto è necessario a restituire la calma e la sicurezza ai cittadini: — non punire in modo che il male inflitto al delinquente superi il male da lui cagionato col delitto.* —

Che la pena di morte, circoscritta che sia nella sua applicazione ai delitti della natura sopra espressa, non ripugni al secondo teorema, è cosa già presupposta nei termini della nostra ricerca. Resta adunque soltanto a vedersi, se ripugni al primo.

La Sovranità ha diritto di estendere la pena (osservato il secondo limite) fino a quel grado che è necessario ad ottenere l'effetto di restituire la calma e la sicurezza ai citta-

Classici riconobbero la necessità di una corrispondenza d'indole fra il delitto e la pena. Ecco le gravi parole del secondo : *È il trionfo della libertà allorchè le leggi criminali traggono ciascuna pena dalla natura particolare del delitto. Tutto l'arbitrario cessa; la pena non discende allora dal capriccio del legislatore, ma dalla natura della cosa; e non è l'uomo, che fa violenza all'altr' uomo.* Ma tanto il Renazzi quanto il Montesquieu non furono felici nell'applicazione di questo principio, come dimostreremo nel libro secondo.

dini. È già presupposto nella ricerca, che si tratti di un delitto distruttivo la personalità umana, il quale per ora ci limitiamo ad esemplificare nell' omicidio premeditato. Vediamo se in questo caso una pena minore della morte è atta a raggiungere il suindicato effetto, senza il quale non può mai dirsi che il danno sociale sia risarcito.

Allorquando l' odio feroce di uno scellerato si propone di prendersi aspra vendetta di un nemico, egli si determina a dargli morte. Egli adunque sa che la morte è il maggior male che sia in potere dell' uomo di fare all' altro uomo. Ora quando questo scellerato vegga che commettendo il delitto sovrasta al di lui capo un male uguale a quello, ch' egli vuol fare al suo nemico, cioè la scure del carnefice, è molto probabile, se non certo, che la sua feroce determinazione sia rattenuta, e resti priva di effetto. Imperocchè il sentimento della vendetta procedendo da uno smisurato orgoglio allora solo è pienamente appagato quando l'autore di essa giunge a ridurre l'oggetto odiato ad uno stato più infelice del proprio. Ma se per mala sorte egli sappia che tutto il male, cui può attendersi dalla legge, è quello di una perpetua perdita di libertà, quanto non sarà egli più ardito nel prendersi la meditata vendetta? Egli dirà con truce sodisfazione al suo nemico — *tu muori, ed io sopravvivo: io ti colpisco di un male, che la legge non può farmi: la mia vendetta è al colmo del trionfo.* E così la legge viene a rendere la condizione del cittadino innocente infinitamente deteriore a quella dell' assassino. Ora questo ragionamento, che noi qui facciamo, non è egli quello stesso, che fa la massa sociale al verificarsi di un premeditato omicidio? Il buon senso, patrimonio inalienabile dell' uomo, gli proclama con imperiosa voce, che non v' è ordine, non giustizia, non sicurezza quando la condizione del cittadino virtuoso è deteriore a quella del freddo e feroce omicida. Allora i buoni lungi dal confidar nella legge non vedono in essa che un istromento impotente, perchè la riconoscono meno forte del pugnale dell' assassino. Chi oserà dire adunque, che infliggendo al sicario la pena di restrizione perpetua si risar-

cisce il danno sociale derivante dal premeditato omicidio, si ridona ai cittadini la calma e la sicurezza?

Per pronunciare l'affermativa, o conviene chiuder gli occhi alla luce, o conviene gittarsi al partito di sostenere che è in potere dell'umana autorità l'infliggere al delinquente una pena più terrifica della morte, risparmiandone la vita. Ma già vedemmo a suo luogo, a qual miserabile risultato sia giunto chi appigliossi ad un tale partito.

Dunque la pena di morte applicata al delitto distruttivo l'umana personalità ha tutti i caratteri di giustizia sociale (1).

Ora il nesso della risoluta questione ci porterebbe a sdebitarci di due doveri, cioè 1.° di mostrare, esservi molte specie di omicidii, contro i quali non si può innalzare la sanzione fino all'estremo supplizio, perchè una pena minore basta a ripararne il danno sociale: 2.° di designare quali e quanti sono que' delitti, che senza contenere *in atto* la distruzione della personalità umana la contengono *in potenza*, fra i qua'i occupano un luogo eminente alcune delle offese, che infrangono il primo rapporto sociale (2). Ma queste due dimostrazioni sarebbero qui fuor di sede, appartenendo al *Lib. IV. dei delitti in ispecie*, dove agli opportuni luoghi si troveranno inserite.

(1) Concorde è il Chiarissimo Professore Mori nella sua Opera, che ha per titolo Teorica del codice penale toscano lib. 1. titolo 2. nota 1.

(2) Il n'y a que deux coupables qui meritent la mort; l'assassin, et celui qui trahit sa patrie, soit pour y établir le pouvoir arbitraire, soit pour le soummettre à une puissance étrangere. *Così l'Ab. Mably, Principes des loix, liv. 3. chap. 4.*



CAPITOLO V.

Del conato di delinquere

SOMMARIO

§. 1. *Nozioni preliminari. e definizione del Conato.*

§. 2. *Se vi sia un vero diritto nella Società di punire il Conato, e se possa mai la pena del medesimo uguagliarsi a quella del consumato delitto.*

§. 3. *Quali azioni non sono Conato, benchè ne abbiano l'apparenza.*

§. 4. *Da quali dati si desuma l'entità politica delle diverse specie di Conato, per istabilire la loro maggiore o minore punibilità.*

§. 5. *Disposizioni del Diritto Romano, e delle legislazioni pontificia e toscana intorno al Conato.*

§. I.

La maggior parte delle azioni morali esterne, che dall'uomo s'intraprendono, richiedono una gradazione di atti per esser condotte al loro compimento. I delitti, che sono azioni morali esterne, devono per conseguenza abbisognare anch'essi per lo più di tale gradazione. Questi atti costituiscono una linea, il cui principio consiste nel pensiero di delinquere, e il cui termine sta nell'atto consumatorio del delitto. Lasciare impunito il primo, come quello che non solo sfugge per ordinario alla cognizione dell'umano Legislatore, ma anche (lo che è più notabile) non reca per sè alcun danno sociale, è dovere di ogni buona legislazione; come è pur dovere di essa il punire completamente l'ultimo. Ma quando l'uomo è trascorso dal

pensiero a degli atti esterni conducenti al delitto senza però giungere alla consumazione di esso, quando per una causa volontaria o involontaria si è fermato in un punto di quella linea di cui abbiamo fissato gli estremi, quando in una parola ha *tentato* il delitto, sarà egli punibile? E qualora lo sia, dovrà la pena essere quella stessa del consumato delitto, ovvero si dovrà ingiungerne una minore? Ecco le importanti ricerche a cui ora ci dirigiamo.

Poniamo prima di tutto esattamente i termini della questione. *Tentare* un delitto non è semplicemente pensarlo: non è nemmeno un condurlo a fine: è peraltro un agire con ogni sforzo, e perciò spontaneamente, per eseguirlo; dunque l'attentato, ossia conato di delinquere, sarà un azione morale esterna libera intermedia fra i detti due punti. A questo proposito disse elegantemente l'Aleiato » *conatus in itinere, crimen in meta est* ». Non basta.

La forza logica della parola *tentare* importa che l'azione in cui consiste il tentativo venga assunta come *mezzo* per pervenire ad un'altra azione che costituisce il *fine* voluto dall'agente. Imperciocchè allorquando l'agente ha eseguita un'azione come *fine*, viene ad aver consumata la medesima giusta i calcoli del suo intelletto, e sarebbe error logico il dire che ha tentato. Quindi è che il tentativo criminoso deve necessariamente costare di due elementi, dell'azione cioè assunta come *mezzo*, che può essere o utile o indifferente o nociva, e della *convergenza* di essa azione al danno finale escogitato, convergenza da cui unicamente discende la ragione politica, per cui l'attentato rendesi più *allarmante* in *potenza* di quel che in *atto* esso sia.

Abbiam detto che l'azione costituente l'attentato può essere o utile o indifferente o nociva. È utile quando per es. sotto velame di beneficenza taluno somministrasse de' sussidj ad una donzella povera per farsi strada alla di lei corruzione: è indifferente quando taluno per esempio aspettasse in un dato punto di strada il suo nemico, che ivi deve passare, per trafiggerlo a tergo: è nociva quando viene vibrato dal sicario il pugnale, ma per le frapposte vesti non reca che una lieve ferita.

Ma se gli atti utili, indifferenti o nocivi non avessero un carattere *univoco* di convergenza al danno finale di un determinato delitto, non meriterebbero il nome di attentati criminosi, perchè rimarrebbe dubbia l'intenzione dell'agente, e perciò non vi sarebbe alcun dato di certezza estrinseca per affermare giuridicamente ch' egli ha tentato un delitto. La convergenza *equivoca* si verifica per lo più negli atti utili o indifferenti.

Dippiù: se l'agente per giungere all'esecuzione di un delitto intraprendesse degli atti che per legge fisica non potessero produrre l'effetto criminoso, ossia il danno finale a cui egli tende, si potrebbe mai dire in senso di verità, ch' egli *tenta*? Forse *obbiettivamente*, cioè avuto riguardo alla sola di lui intenzione, potrebbe ammettersi un tal modo di esprimersi, ma *subbiettivamente* cioè quanto all'esecuzione sarebbe un falso concetto l'attribuire alla di lui azione l'idea di proprio e vero tentativo.

Finalmente il concetto logico del tentativo criminoso racchiudendo in sè l'idea di un' azione prescelta come *mezzo* per pervenire ad un *fine* escogitato, porta seco la condizione indispensabile di una volontà maturamente e freddamente deliberante, ed esclude l'influenza di quelle impetuose passioni, per cui il determinare e l'eseguire diventano un punto solo. Difatti nell'effervescenza di queste passioni l'uomo non ha l'agio di considerare la relazione che intercede tra il mezzo ed il fine, ma invece vola di slancio al fine. Allora potrà pur avvenire che l'esito dell'azione non corrisponda al suo volere; ma la legge ravviserà sempre nella di lui azione un' intrapresa compiuta e consumata, che non ha altro carattere politico se non quello che subbiettivamente presenta; laddove nel vero tentativo oltre l'entità *subbiettiva*, propria il più delle volte dell'atto costituente il conato, vi è l'entità *obbiettiva* emergente dalla convergenza dell'atto al danno finale escogitato.

Da quest'analisi risulta la giusta definizione dell'attentato criminoso, che diremo essere *un' azione esterna morale e libera avente il carattere univoco di mezzo idoneo alla consumazione di un delitto, intrapresa dal cittadino con deliberata*

volontà ed in vista della sua idoneità criminosa, non susseguita però dalla finale consumazione del delitto stesso, ovvero rimasta frustrata nel fine medesimo.

§. II.

Premesse queste nozioni, rispondiamo ai due quesiti proposticí.

1.° Il conato si deve punire?

Se vi fosse l'assoluta certezza che tutti i delitti consumati si punissero, la pena del Conato sarebbe inutile (1). Difatti si presenterebbe alla mente del legislatore il seguente dilemma: o *i malvagi saranno nei loro tentativi arrestati da cagioni fisiche* o *morali*, *e in tal caso la Società non avrà sofferto alcun danno*: o *giungendo essi al compimento del delitto saranno puniti*, e *in questo caso la loro punizione risarcirà pienamente il danno politico. In ambe le ipotesi non si verificherà mai il danno mediato senza risarcimento* (2). Ma l'incertezza dell'applicazione della pena, conseguenza necessaria del mistero, entro cui si avvolgono i delitti specialmente se gravi, fa sì che il malvagio nell'ipotesi della non punizione del conato abbia un maggiore incentivo ad intraprendere l'azione criminosa, considerando che se non giungerà al compimento del criminoso disegno anderà impunito, se vi giungerà conseguirà il frutto del delitto e si troverà tuttavia in una qualche probabilità di andare impunito. In una parola data quell'ipotesi egli si vedrebbe posto nella favorevole alternativa o di conseguire nè vantaggio nè disvantaggio dalla sua azione

(1) Genesi del diritto penale SS. 771. e seg. Dico del *Conato*, e non dell'azione costituente il Conato, perchè questa, ove fosse in se stessa lesiva i diritti de' cittadini, dovrebbe sempre punirsi come delitto *sui generis*.

(2) Questo raziocinio presuppone una condizione inseparabile da ogni buona legislazione, cioè che la pena dei delitti sia alta per la sua proporzionata efficacia a ridurli al minor numero possibile.

(nell'ipotesi del Conato), o di avere un vantaggio certo e un disvantaggio incerto (nell'ipotesi del delitto consumato). Data invece la punizione del conato, egli si vede esposto al pericolo di subire una pena senz'aver colto il frutto del delitto (nell'ipotesi del Conato); e quanto questo pericolo debba più fortemente retrospingerlo dall'intraprendere le azioni criminose, non v'è chi no 'l veda.

Ciò serve a dimostrare l'utilità politica della punizione del conato. Ma ciò non basta, dovendosene anche porre in chiaro la giustizia, avanti di rispondere affermativamente al quesito.

Dimostrammo (pag. 21 e seguenti) che il diritto della Sovranità di attuare nell'ordine mondano il canone di giustizia — *il male merita pena* — col far soffrire un castigo al delinquente deriva dal danno sociale inerente ad ogni delitto. Ciò premesso, se proveremo, che dall'attentato criminoso deriva il danno sociale, sarà posta fuori di dubitazione la giustizia di assoggettare l'attentante ad una pena. Piana è la prova: limpida la conseguenza. Abbia pure la mano del sicario fallito il colpo. Abbia pure il ladro notturno dopo l'effrazione delle porte trovata una resistenza fisica o morale che gl'impedì di rubare. La sicurezza dei cittadini è minacciata quasi al pari che se ambedue que' malvagi avessero conseguito il loro intento. Dunque essi hanno cagionato il danno politico; e siccome il risarcimento di questo danno non può consistere che nell'applicazione della pena, così *giustamente* essi verranno puniti.

2.° La pena dell'attentato dovrà essere eguale o minore di quella del delitto consumato?

Due ragioni, l'una di giustizia, l'altra di politica, ci ammaestrano, che la pena del conato per regola generale dev'esser sempre minore di quella del consumato delitto.

Ma prima di entrare nella esposizione di queste due ragioni dobbiamo fare una importante premessa.

Ogni volta che in questo nostro corso addurremo in base de' nostri principj una ragione così detta *di politica*, non abbiasi mai a credere che sotto questa parola venga da noi in-

tesa la pura e pretta utilità senza fondamento di giustizia. Noi appelliamo *ragione di politica* quella ch'è suggerita dall'arte di ben governare i popoli, e che come ognun vede in ultima analisi anch'essa si riduce a giustizia, perchè se lo stato di società civile è veramente lo stato naturale dell'uomo voluto ed ordinato da Dio per gloria sua e pel bene della umana creatura, tutto ciò che tende al miglior essere di un tale stato è precetto di giustizia derivante dall'obbligo, che tutti (specialmente i Governanti) abbiamo di cooperare al perfezionamento nostro e degli altri. Ma in che dunque, ci si chiederà, consiste la differenza fra la ragione di giustizia e quella di politica ? Il carattere distintivo della ragione di politica sta in questo, che il di lei fondamento è *immediatamente* collegato coi rapporti del ben governare, *mediatamente* coi rapporti della giustizia; ond'è che siffatta nomenclatura è di grande uso nella scienza del diritto per giustificare le buone ed utili teorie senza risalire sempre ai primi Veri, che sono fondamento dell'universale Diritto. Passiamo ora a spiegare le due suenunciate ragioni.

Ragione di giustizia. È indubitato che l'attentato nella sua considerazione esterna presenta sempre qualche cosa di meno in confronto del delitto consumato. Ora quello che manca alla consumazione del delitto potrebbe mai essere ragionevolmente imputato all'attentante? Si accordi pure senza contrasto, ch'egli abbia *voluto* quegli atti o quell'effetto nocivo, che mancano alla consumazione del delitto. Basterà ciò per renderlo responsabile degli atti non eseguiti, dell'effetto nocivo non recato? È vero che la *convergenza* degli atti, che costituiscono l'attentato, *al danno finale*, che l'attentante si propose, costituisce il vero danno politico dell'attentato, e genera la ragione della punizione di lui. Ma è vero ancora, che quando il delitto non è portato al suo compimento, per quanto chiari ed imponenti appariscano gli ostacoli che attraversarono le mire del delinquente, non è mai, umanamente parlando, esclusa la possibilità che ciò che oprarono gli ostacoli l'avrebbe oprato la resipiscenza del delinquente: in una pa-

rola Dio solo, non già l'uomo, può saper con certezza che il malvagio senza il concorso di quegli ostacoli avrebbe compiuto il delitto. Non basta. Consultate l'intimo senso degli uomini. Tutti vi diranno che è più lieve la loro perturbazione all'udire un delitto rimasto frustato in tutto o in parte nel suo fine dannoso, al confronto di quella che provano all'udire un misfatto onninamente compiuto. Dunque il danno sociale è minore; dunque minore per giustizia deve essere la pena.

Questo discorso procede, come ognuno ravvisa, per tutti i casi in cui appariscono gl'impedimenti involontarii, onde fu frastornato il compimento del delitto. Che se poi il delinquente non proseguì nell'azione criminosa per pentimento proprio, allora quella possibilità, di cui testè si parlava, convertesi in certezza, e perciò allora il resipiscente dee lasciarsi impunito, come fra poco si mostrerà.

Ragione di politica. Il sistema punitivo essendo basato sul diritto e dovere insieme che ha il Governo di far cessare il danno sociale derivante dal delitto mediante una sanzione penale atta ad impedire le sociali offese o almeno a ridurle al minor numero possibile, deve, per esser coerente a se stesso, evitare con ogni cura quella posizione di cose, per la quale possa accrescersi nei malvagi l'interesse di portare a compimento i delitti. Pongasi per ipotesi, che la pena dell'attentato sia eguale a quella del consumato delitto. Il malvagio giunto agli atti, che costituiscono il criminoso tentativo, rifletterà essere già incorso nella pienezza della pena: troverà dunque del suo interesse lo spingersi innanzi fino alla consumazione del misfatto, considerando che scoperto sarà punito egualmente, ma almeno raccoglierà il frutto del delitto. Attribuite invece una minor pena all'attentato. Tosto si presenterà all'intelletto del delinquente il maggior rischio, a cui si espone col perfezionare l'offesa sociale. Sorgerà quindi in lui l'interesse di arrestarsi al tentativo. Dunque la minor pena riserbata all'attentato favorisce la resipiscenza dei delinquenti: dunque questa minor pena è consigliata dalla buona politica.

Risolute così le due principali questioni, passiamo ad altre subalterne.

§. III.

Perchè il Conato debba esser punito, e perchè la di lui punizione sia minore di quella del delitto consumato, deve necessariamente avere tutti i caratteri che lo costituiscono, insomma deve essere un vero conato. Ma se si presentassero alle meditazioni del Politico delle azioni che fossero di tale indole o da non produrre il danno mediato, (ossia da non esporre la sicurezza publica ad alcun detrimento) o da presentare una perfetta azione criminosa per parte dell'agente, o finalmente un' azione criminosa incompleta nell' intenzione, ma completa nell' esecuzione, sarebbe antilogico il ravvisarvi un Conato; perchè, siccome osserva il chiarissimo Carmignani, nel primo caso mancherebbe il Conato per *difetto*, e cesserebbe il fine della pena; nel secondo e nel terzo si avrebbe il compiuto delitto ora per *indole dell' azione*, ora per *eccesso*, e quindi vi sarebbe da punire il delitto perfetto ben diverso dal Conato. Enumeriamo ora i varj casi che ai detti tre rapporti si riferiscono.

I. Non sono Conati per difetto 1.° i nudi pensieri di delinquere, benchè manifestati confidenzialmente o in via di minaccia o di jattanza (1).

La cosa è per sè chiara. Il pensiero di delinquere in qualsivoglia modo esternato non può dirsi attentato criminoso, perchè manca in esso *ogni atto idoneo a consumare il delitto.* Nè ciò è tutto. Finchè la volontà di delinquere sta rinserrata ne' confini del pensiero comunque manifestato, la sicurezza pubblica non è turbata, e perciò non si verifica alcun danno

(1) Questa verità è proclamata anche dal Diritto Romano, come apparisce dalle parole del G. C. Trifonino nella leg. 225. ff. de verbor. signif. » *Nam et fur, adulter, aleator quamquam alia significatione » ex animi propositione cujusque sola, dici posset etiam is, qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matremfamilias corruperit: si modo ejus mentis sit, ut occasione data » id commissurus sit: tamen oportere eadem haec crimina assumpto » actu intelligi...... constat* ». Edit. Parisien. 1533.

sociale. Dippiù; ha forse l'uomo la Divina intelligenza per conoscere se quella esternazione fu vero proposito di delinquere? Non poteva ella essere uno scherzo? Non poteva, appena sorta nell'uomo la volontà di delinquere, esser questa da resipiscenza mutata nella ferma intenzione di non violare la legge? Non ha dunque l'umana autorità alcun diritto di punire i pensieri delittuosi, perchè col far ciò si arrogherebbe quello che l'Ente Supremo, unico infallibile scrutatore dei cuori, riservò a se stesso. Ecco perchè meritamente fu chiamata *tirannica* la condanna di morte fatta eseguire su Marsia da Dionigi re di Siracusa. (pag. 57.)

Osserverà forse taluno, che alle minacce, alle jattanze è d'uopo per la quiete pubblica apporre un qualche riparo; sul quale principio siamo ben lungi dal dissentire. Ma non dobbiamo dimenticare, che quando non è ancor sorta l'offesa sociale da punirsi, il prevenire i delitti temuti spetta esclusivamente al magistero di polizia. È rigoroso dovere del Magistrato politico chiamare a sè il minacciante, conciliarlo s'è possibile colla persona minacciata, altrimenti prender gli opportuni provvedimenti per prevenire l'esecuzione del delitto fino a far uso a seconda dei casi della carcere per un dato tempo. Ma questo è un ufficio separato dal Magistero penale. Nè si dica che anche l'attentato è una minaccia. Troppo grande è la differenza fra l'uno e l'altro. L'attentante senza gli ostacoli sarebbe andato alla consumazione del delitto: già ne aveva intrapresi gli atti opportuni. Il minacciante non intraprende, non eseguisce il delitto: mentre vorrebbe, per far pompa di audacia, mostrare l'animo disposto a delinquere, tradisce se stesso, e se ne palesa alieno (1). Felice la Società se gli uomini non facessero che minacciare!

2.° Le azioni non riferibili *univocamente* al delitto di cui si tratta; lo che si verifica per lo più come dicemmo negli atti utili o indifferenti. Un esempio ce ne offre Ulpiano nella

(1) Io parlo qui secondo quello che suole più comunemente avvenire. Non nego però che qualche volta il minacciante possa nudrire

leg. 21. §. 7. ff. *de furtis* in questi termini: *qui furti faciendi causa Conclave* (1) *intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intraverit.* La ragione è chiara: se l'atto esterno è quello che dà norma a giudicare dell'interno, egli deve esser tale che non ne sia equivoca l'applicazione al contingibile caso criminoso: altrimenti si correrà pericolo o di errare nella misura penale, o di punire un innocente. Ulpiano perciò fa a se stesso il quesito di qual' azione sarà tenuto quell'uomo entrato nel Conclave, e risponde esser tenuto *de vi*, se entrò per forza, altrimenti essere incorso nell'azione *injuriarum.* In ambi i casi però verrebbe punito come reo di delitto *sui generis*, e non mai come reo di conato.

3.° Gli atti inidonei all'esecuzione del delitto. Pare al Carmignani di vederne un esempio presso lo stesso Ulpiano nella citata legge, ove si fa il caso di un ladro che rompe una cosa per soverchio peso non trasportabile e ne invola una parte, il quale è tenuto di furto per la sola parte involata. Ecco il testo della legge — *Item si majoris ponderis quid aperuit, aut refregit, quod tollere non possit, non est omnium rerum cum eo furti actio, sed earum tantum quas tulit: quia totum tollere non potuit.* A noi sembra che potrebbe meglio esemplificarsi la cosa in quell'uomo, che scaricasse contro un altro a qualche distanza un archibugio carico a sola polvere. Sarebbe follia il volerlo tenuto di Conato di omicidio, mentre gli atti da lui assunti non potevano condurre a quest'effetto. Ecco perchè

l'intenzione di eseguir la minaccia, e perciò ho premesso, che il Magistrato di polizia deve accorrere al riparo. — Bisogna dippiù avvertire, che sebbene la *semplice* minaccia da privato a privato spetti alla cognizione della polizia, pure la minaccia *qualificata* è delitto. Ciò si verifica specialmente ne' seguenti casi. 1. se sia fatta al Magistrato in odio del suo ufficio: 2. se sia *condizionata*, cioè fatta con intimo al minacciato di fare o non fare una data azione. Come e perchè in questi casi la minaccia diventi un vero delitto, si vedrà nel §. V. di questo capitolo.

(1) Golofredo avverte, che *Conclavia* dicevansi presso i Romani più camere, che chiudevansi con una sola chiave.

nella definizione del conato si usa quell'espressione *mezzo idoneo alla consumazione di un delitto.* Dagli atti inopportuni e fisicamente inidonei a recar danno, la Società non può nulla temere, e può senza suo pericolo lasciarli impuniti.

Qui si potrebbe domandare se all'effetto che svanisca il Conato sia necessario che l'inidoneità dell'atto sia preconosciuta dall'agente. Ecco in qual modo deve a parer nostro risolversi la questione. Allorchè l'agente determinato di giungere alla consumazione di un delitto sceglie per errore un mezzo inidoneo ed incapace fisicamente di produrre il danno finale a cui tende, è indubitato che egli ha voluto quel danno finale. Ma basterà ch'egli lo abbia voluto, per dire in senso politico che ha tentato il delitto, e per colpirlo colla pena del criminoso Conato? L'offesa sociale si punisce per ristabilire l'equilibrio nell'animo de' cittadini turbati dal timore, che la impunità di essa ne moltiplichi gli esempii. Questo timore, quest'apprensione non si verifica nel vedere impunito un atto, che non espose a verun pericolo la Società. Imperciocchè non è presumibile che nasca nei malvagi l'incentivo di usar mezzi inidonei al delitto per rimanere impuniti: e seppur nascesse in loro questo desiderio, la Società potrebbe chiamarsi felice. Dunque nel caso, che ci occupa, manca la ragione di punire. Si dirà nondimeno, che l'assunzione di un atto inidoneo creduto capace a produrre il delitto è argomento per credere che l'agente rinnoverà i suoi sforzi per l'esecuzione dell'azione criminosa. Ma quest'obbiezione dileguasi tostochè si consideri, che lasciandosi guidare da questo riflesso si verrebbe a punirlo non per l'azione *passata* ma per la *futura*, non per quello che ha commesso ma per quello che potrà *forse* commettere; il che, oltre essere fuor dei confini del magistero penale, è principio tirannico che condurrebbe a punire il mero pensiero di delinquere. Torna in campo il riflesso che fu fatto per le minacce. Si vuole per avventura impedire un danno futuro, che non *certamente* ma *probabilmente* può avvenire? Sorga il Magistero di polizia colle misure preventive di lui proprie. Ma non si punisca un'azione nel suo estrinseco indif-

ferente e scevra d'ogni danno politico col pretesto che POSSA essere susseguita da un atto od attentato criminoso.

Volete maggiori prove? Fingete la fattispecie di un imputato di veneficio. Per punirlo tutte le Legislazioni del continente d'Europa esigono che preceda la prova dell'esistenza in genere del veleno propinato, e se questa manca l'imputato viene dimesso dal giudizio. Ora è indubitato, che quello stesso rigor di prova generica, a cui si attiene il Legislatore per punire il delitto consumato, deve esigersi per colpire di pena il Conato. Ma così è che siffatta prova generica non esiste mai negli atti inidonei: dunque essi non sono punibili. Che se taluno osasse mai dire che per punire il Conato si esige meno di quello che si vuole per la punizione del delitto consumato, verrebbe a sostenere la massima che gli atti, in cui l'intenzione dell'agente è meno palese, debbono punirsi d'appresso minori prove di quelle che richiedonsi negli atti d'intenzione più manifesta. Quanto ciò sia assurdo qualunque mediocre intelletto il comprende.

4.° Gli atti tutti procedenti da impetuose passioni o da colpa. Dicemmo che il Conato è costituito da *un'azione avente il carattere di mezzo idoneo alla consumazione di un delitto intrapresa dall'agente in vista della sua idoneità criminosa*. Ciò presuppone che l'agente conosca la relazione che intercede fra l'azione che fa come *mezzo* e l'effetto dannoso che può mediatamente o immediatamente derivarne come *fine*. Ora cominciando dalle fattispecie colpose, l'agente non ravvisa in esse la convergenza della sua azione al danno finale che dalla medesima può derivare: dunque sarebbe il massimo degli errori l'affermare che un agente colposo abbia tentato il delitto. — Quanto poi all'agente per impeto di repentine passioni dicemmo abbastanza nel §. 1.° di questo Capitolo per mostrare la disparità che intercede fra il suo operare ed il Conato. Le azioni dunque procedenti da siffatte tumultuose passioni, se rimasero senza effetto dannoso, anderanno impunite: se produssero l'offesa d'un cittadino, saranno riguardate come altrettanti delitti *sui generis*, ma non assumeranno mai l'odiosa

caratteristica di Conati. Così colui, che in rissa ferisce senza uccidere, sarà tenuto della ferita, ma non mai del Conato di omicidio (1).

II. Fra le azioni delittuose ve ne sono alcune, le quali col primo atto esterno divengono perfezionate. È ben chiaro, che le medesime non ammettono atti preparatorj, e che perciò in esse non si può verificare il Conato. Il Romagnosi chiama queste azioni delitti di *esecuzione semplice*, a differenza delle altre che esigono più atti per essere condotte a compimento, cui egli chiama delitti di *esecuzione complessa* (2). Ora quali saranno questi delitti di esecuzione semplice?

1.° Le ingiurie verbali, la bestemmia, lo spergiuro assertorio, e generalmente tutti quei delitti che costano di mere parole. 2.° Alcuni delitti che violano la Religione, come l'eresia, l'apostasia, lo scisma. 3.° Alcuni delitti giuridici, come la calunnia e la falsa testimonianza. 4.° La maggior parte dei delitti politici, come la congiura, la cospirazione, il collegio illecito, e la delazione delle armi. È chiaro, che in tutti questi delitti o vi sarà l'azione criminosa compiuta da punirsi colla pena ordinaria, o vi sarà il nudo pensiero di delinquere immune dalla penale sanzione.

III. Spesse volte accade che il delitto viene subbiettivamente consumato, benchè non lo sia obbiettivamente. Il ladrone che uccide il viandante per ispogliarlo, e impeditone non lo spoglia; il rapitore a cui vien tolta di mano la donzella rapita, pria che ne abusi; il sicario che non riceve la mercede del

(1) Concordano pienamente il Carmignani *Teoria delle leggi della sicurezza sociale Vol.* 2. *pag.* 306. *e* 307, ed il Nani *Principj di giurisprudenza Criminale Parte I. capo II.* §. 108. Discorde è il Professor Mori nella sua *Teorica del Codice toscano pag.* 67. Ma bisogna considerare 1. che l'intento della sua Opera è commentare il nuovo diritto costituito toscano, non disputare del diritto costituendo: 2. che appunto per questo Egli non si è dato carico delle ragioni scientifiche escludenti il conato dai delitti d'impeto, ragioni che anche nella seconda edizione Vol. 1. pag. 122. furono da noi esposte.

(2) Genesi del Diritto penale §. 670.

compiuto omicidio; il lenone il barattiere, a cui non vien pagato il turpe prezzo della mercanteggiata pudicizia o della venduta giustizia, sono tutti nel caso della consumazione subbiettiva e non obbiettiva. Ma la loro azione potrebbe mai chiamarsi *attentato*? Il Conato è un'azione assunta come *mezzo* per giungere al danno finale costituente il consumato delitto. Essi hanno recato il danno finale e la loro azione delittuosa è consumata: essi non hanno semplicemente tentato ma compiuto il delitto. È questo il caso del Conato svanito *per eccesso*. Nel rapporto della politica nulla si guadagnerebbe col diminuir loro la pena: nel rapporto della giustizia non manca alla loro azione verun atto, onde non debbasi compiutamente punirla (1).

§. IV.

Dopo aver additate le norme per conoscere il Conato distinguendolo da quelle azioni che non lo sono benchè n'abbiano una qualche apparenza, ci rimane ora a vedere da quali dati debbasi dedurre la maggiore o minore *entità politica* delle diverse specie contingibili di Conato, come pure se fra esse ve n'abbiano alcune non suscettive della criminale imputazione; la quale questione viene da noi divisa in due parti, cioè 1.° quando il Conato sia imputabile e quando no: 2.° nei casi imputabili quale sia la giusta misura della di lui punizione. A queste ricerche però è d'uopo premettere alcune nozioni.

Nel Conato si devono distinguere sulle tracce del pisano Professore la *quantità* e la *qualità*. La *quantità* del Conato discende dal maggiore o minor numero degli atti fisici assunti dall'attentante. Già s'intende che in quest'argomento prendiamo di mira i delitti di *esecuzione complessa*. Per l'esecuzione

(1) Svilupperemo a suo luogo nel libro IV. la ragione politica, per cui il ratto susseguito dallo stupro è punito più gravemente del mero e semplice ratto; ragione che discende dalla convenienza e giustizia di punir più due delitti, che una sola azione criminosa; ragione perciò, che non ha nulla di comune colle teorie del Conato.

di questi si esigono, come dicemmo, più atti, i quali incominciano dal pensiero di delinquere, e finiscono coll'atto consumatorio del delitto. Escluso il primo e l'ultimo, tutti gli altri sono materia di Conato. Ora se l'attentante si trattenne ai primi atti ancor lontani dalla consumazione, avremo un *Conato remoto*: se progredì fino ad approssimarsi alla consumazione avremo un *Conato prossimo*: se intraprese anche l'ultimo atto, in cui avrebbe potuto consistere la consumazione del delitto, ma questa svanì per qualsiasi ostacolo, avremo un *Conato pretergresso*. Avverto però, che presso i Dottori e gl'Interpreti manca questa distinzione di Conati pretergressi, e che nel linguaggio del foro chiamansi anche questi *Conati prossimi*.

Passiamo alla *qualità*. Il conato non sarebbe tale, se l'attentante non venisse frastornato da qualche causa nella esecuzione del delitto: ora la diversa natura di queste cause costituisce la qualità del Conato.

Qneste cause sono o volontarie o involontarie. Le prime consistono nel pentimento dell'agente: le seconde sono o morali, o fisiche, o legali.

Le cause morali si hanno ogni qualvolta l'esecuzione del delitto viene impedita dalla forza publica, oppure da qualche buon cittadino, che per l'amore del publico bene si oppone al misfatto.

Le fisiche consistono in quegli ostacoli, che la natura delle cose oppone all'azione dell'attentante, talchè questa viene frustrata. Simili ostacoli possono verificarsi o negli atti intermedj, o nell'ultimo atto consumatorio del delitto. Negli atti intermedj, quando per esempio un ladro romper volendo una porta per penetrare in casa altrui e rubare, non riesce ad infrangerla per la solidità di essa. Nell'ultimo atto di consumazione, quando per esempio l'assassino esplode l'archibugio carico a palla, ma il colpo va in fallo, e risparmia quello che si voleva estinto, oppure il veleno propinato per lo mischiamento del cibo non produce la morte. In queste ed altre simili specie di fatto molti vogliono che l'azione delittuosa non chiamisi Conato, ma

bensì *delitto mancato*, o *delitto frustrato* (1). A noi sembra che non ripugni nè alla etimologia nè alla definizione del Conato il considerare quelle fattispecie come altrettanti *attentati pretergressi*. Ma siccome abborriamo le dispute di parole, concederemo che ognun le chiami come meglio aggrada, purchè si convenga nel principio, che fra poco svilupperemo, cioè che ai Conati pretergressi o delitti mancati applicar devesi una minor pena in confronto del delitto perfetto, come ne conviene lo stesso Romagnosi difensore di quella nomenclatura (2).

Le cause legali allora si verificano, quando, sebbene l'agente abbia intrapresi e consumati tutti gli atti che giusta la sua intelligenza condurlo poteano alla consumazione dell'azione criminosa, pure il fortuito scambio del soggetto passivo del meditato delitto fece mancar gli elementi del delitto stesso. Ciò viene esemplificato nel furto della cosa propria creduta aliena, e nel concubito di chiunque, credendo giacere con donna altrui, giacesse invece colla propria.

Ora è tempo d'indagare 1.° quando il Conato sia imputabile, e quando no: 2.° qual debba essere la misura della di lui punizione nei casi criminalmente imputabili.

Per rispondere al 1.° quesito bisogna guardare alla di lui qualità.

Il Conato rimasto privo di effetto per causa legale non è mai politicamente imputabile. Imperciocchè mancando nell'azione esterna gli estremi che costituiscono il delitto, *viene a mancare il subbietto, su cui basar si possa il giudizio dell'intenzione dell'agente.* Così il Carmignani ne' suoi elementi di diritto criminale §. 205. Nè avvi alcun ragionevole motivo di temere che l'impunità di cosiffatte azioni rechi un pernicioso esempio alla Società, mentre niun ladro si augurerà di rubare la cosa propria per andare impunito, nè alcun adultero di trovare la propria consorte nel luogo fissato per riunirsi con donna altrui. È indubitato che siffatte azioni sono riprovevoli avanti l'Ente Supremo scrutatore de' cuori, ma è del pari indubitato

(1) Genesi del Diritto penale §. 679, e seguenti.
(2) Opera citata §. 765.

che nel foro esterno non potrebbero punirsi senza sovvertire le basi del diritto politico e della sicurezza civile. Si aggiunga che propriamente parlando l'intenzione delittuosa rimasta frustrata per causa legale non presenta tutti gli estremi del Conato, perchè mancherebbe *l'idoneità criminosa del mezzo assunto* (1).

Il Conato sospeso per causa volontaria è argomento di seria disputa fra i criminali scrittori, i quali sono di disparere sulla di lui imputabilità. Alberto De-Simoni sostiene la negativa e adduce tre ragioni » 1.° perchè il sentimento di penitenza toglie all'attentato tutta quella forza politica, che render lo » potea pericoloso alla Società: 2.° perchè è un ottimo motivo » per impedire l'esecuzione dei delitti accordar l'impunità a » chi per pentimento ne sospende l'esecuzione; altrimenti, egli » dice, la pena stessa imposta all'attentato, benchè corretto » dipoi col pentimento, servirebbe anzi di spinta ai criminosi » per compiere i delitti: 3.° perchè la penitenza prima del » consumato delitto, benchè attentato con atto prossimo, è un » segno certissimo, che il reo non aveva spogliati tutti i sensi » di umanità e spento ogni istinto di virtù, trascorso essendo » più per un precipitoso consiglio, che per un abito incallito » nei delitti e ne' vizj (2). » Dissente da questa opinione il Carmignani appoggiato a quattro argomenti: 1.° perchè il pentimento dell'agente quantunque impedisca il danno immediato, pure non estingue totalmente il danno mediato, ossia politico: 2.° perchè tutti i Conati di delinquere, benchè minimi, debbono impedirsi con qualche proporzionato ostacolo, affinchè niuna azione esterna preparatoria al delitto vada impunita: 3.° perchè la sincerità del pentimento non può essere mai tanto certa da

(1) Veggasi il De-Simoni *dei delitti considerati nel mero affetto* part. I. Cap. VIII. §. 6. ove lungamente sviluppa questa teoria. Paul. nelle sue sentenze lib. II. Cap. 31. §. 18. così si esprime — *Si rem quam tibi commodavi postea subripui, furti actio competere tibi non poterit. Rei enim nostrae furtum facere non possumus.*

(2) Opera citata part. 1. Cap. 8. §. 8.

escludere il sospetto, che il delinquente abbia trattenuto a mezza via il delitto in vista della difficoltà dell' esecuzione: 4.° perchè sebbene il pentimento del delinquente ci presenti una volontà che ha saputo trattenere la propensione criminosa, cosicchè svanisce in certo qual modo il subietto dell' imputazione civile, pure non offre la certezza che sia estinto totalmente l' abito di delinquere (1), il quale deve reprimersi *correzionalmente*. Conchiude adunque l' illustre Autore, che il Conato sospeso per causa volontaria non deve lasciarsi impunito, specialmente se trattasi dei più gravi delitti, avvertendo però che la pena deve essere presa fra le correzionali (2). Nel conflitto di queste due autorevoli sentenze io crederei potersi adottare un' opinione media atta ad evitare gli opposti inconvenienti che derivano tanto dal soggettare a pena il Conato sospeso per causa volontaria, quanto dal lasciare sbrigliata la *passione criminosa* del cittadino, che tentò il delitto e poi si pentì. O questa specie di Conato ha effettivamente recato un danno al cittadino nella persona, nei beni di fortuna ec., e in tal caso son d'avviso esser sufficiente alla completa difesa sociale il punire l'azione nociva, derivata dal Conato, come delitto *sui generis*, senz' aver riguardo alla convergenza dell' atto al danno finale *dapprima* escogitato, convergenza che il pentimento ha fatto svanire. Mi spiego con un esempio. Tizio determinato d' uccider Cajo lo assale, e di più ferite il ricopre: mosso però a compassione dalle preghiere dell' assalito che gli chiede la vita desiste dal più ferirlo, in modo che Cajo ricupera dipoi la salute; mentre sarebbe stato in libertà di Tizio di raddoppiare i colpi e lasciarlo estinto. Castigando il delinquente come reo di ferite o semplici o pericolose, e nulla valutando la precedente di lui intenzione di uccidere, si soddisfa ad un tempo alla giustizia e alla politica. Alla prima, poichè con qual diritto si potrebbe valutare a danno del reo la convergenza dei

(1) Pare chè per abito di delinquere debba qui intendersi *la passione criminosa.*

(2) Elem. Jur. Crim., §. 205. Nota 2.

primi atti al danno finale dell'omicidio, mentre egli ha data una diversa direzione alla propria volontà quando il danno finale non era ancora avvenuto ed era in facoltà di lui il produrlo? Alla politica, perchè è dovere di questa il favorire *in tutta la estensione possibile* quelle cause, per le quali possono essere rimossi i più gravi disordini ed arrestati i delinquenti dal fare l'ultimo passo verso la malvagità. Dipiù se noi puniamo meno perfino il Conato sospeso da *causa involontaria* per favorire in genere la resipiscenza dei delinquenti, perchè non dovremo essere più indulgenti, quando la resipiscenza in fatto si è evidentemente verificata? — O il Conato sospeso per causa volontaria non ha recato alcun danno *immediato*, e in questo caso sarei di ferma opinione, che bastasse alla sociale tutela l'opera del Magistero di polizia, che assoggettando a sorveglianza, e bisognando a detenzione per un limitato tempo, il delinquente pentito, assicuri la Società ch'egli non possa, ripentendosi del pentimento stesso, rinnovare il tentativo e forse compiere il delitto. Per questo modo si evita il massimo inconveniente della punizione, che è quello di valutare per gli effetti della pena una convergenza di atti resa *nulla* dalla volontà dell'agente, ed il massimo inconveniente della niuna repressione, che è quello di lasciare esposta la Società al nuovo tentativo non certo ma possibile del delinquente pentito.

I Conati sospesi per causa morale e per causa fisica non offrono ragione alcuna di dubitare sulla loro imputabilità politica. Imperciocchè è appunto ai medesimi che sono pienamente applicabili le riflessioni da noi esposte nel §. 2.° di questo capitolo.

Passando ora al QUANTO della pena applicabile al Conato noi lo deduciamo in ragione diretta e composta 1.° della quantità del delitto a cui tendeva il Conato: 2.° della quantità del Conato stesso.

1.° La quantità del delitto presa nel senso in cui fu da noi nell'antecedente Capitolo spiegata non può non influire nella maggiore o minore punibilità del Conato. Giova premettere che gli elementi della spinta criminosa nel Conato sospeso per causa

fisica o morale concorrono nella stessa misura in cui concorrerebbero nel delitto consumato. Imperciocchè i detti elementi si sviluppano nel malvagio nel punto in cui si determina alla criminosa azione, e seguono ad esercitare su lui la loro influenza in tutti gli stadj, che deve percorrere per giungere alla consumazione dell'azione stessa. Seppure avviene talvolta che una più matura riflessione dell'uomo faccia sì che nello istante del tentativo egli ravvisi il frutto del delitto come meno attraente, l'eseguibilità del medesimo come meno facile, la sanzione penale come meno evitabile, allora succede il pentimento, e si verifica il caso già da noi risoluto. Considerata pertanto l'uguaglianza della spinta criminosa concorrente nell'attentante e nel perfezionante il delitto, converrebbe conchiudere per l'uguaglianza della pena, ove non concorressero i riflessi esposti nel §. 2.° di questo Capitolo. Ciò premesso fingete quattro diversi delitti puniti colla gradazione di cinque, dieci, quindici, venti anni di lavori forzati. Stando alla sola teoria della spinta voi dovreste fissare eguali pene ai quattro corrispondenti attentati. Ma sottentra il principio della prevenzione, e vi suggerisce una diminuzione. Questa diminuzione sarà tale da ridurre tutti i Conati ad una sola punitiva misura senza differenza fra delitto e delitto? No: perchè in tal caso voi non contrapporreste ai Conati una retrospinta proporzionata alla spinta; anzi agireste in senso opposto, perchè più il delitto è grave più la pena del Conato riceverebbe diminuzione. Ritenuto adunque che la maggiore o minore entità politica del delitto fa sì che si verifichi una maggiore o minore spinta criminosa anche nel Conato, ne discende spontanea la conseguenza che la pena del Conato sebbene minore di quella del delitto consumato, sarà sempre in ragion diretta della quantità del delitto a cui il Conato stesso si dirigeva. Si verifica qui quell'assioma di matematica, che se a quantita disuguali si sottraggono quantità uguali, le prime rimangono fra loro nella stessa aritmetica proporzione.

2.° Dicemmo che altra regola di proporzione per la retta punizione del Conato è la quantità di esso. La dimostrazione

di ciò discende non solo dal principio che all'agente non possono imputarsi se non quegli atti che ha commessi, ma ancora dalla convenienza politica di far sì che gli ostacoli morali crescano in ragione diretta della progressione degli atti criminosi. Qual bene intesa legislazione non è mai quella, in cui il malvagio ad ogni passo che inoltra verso il delitto sa di contrarre una maggiore responsabilità penale! In fine non dimentichiamo mai che pel principio della *certezza estrinseca* l'imputabilità politica deve seguir le fasi della maggiore o minore quantità degli atti esterni eseguiti dall'agente.

Considerata così la cosa sotto tutti gli aspetti, due sole osservazioni ci restano a fare: 1.° che siccome vi sono dei delitti che dopo commessi riescono d'impossibile o assai difficile punizione, così in tal caso l'indole del Magistero penale autorizza il Legislatore ad accrescere proporzionatamente la pena dell'attentato in vista della *reale impunità* che segue il delitto consumato. Imperciocchè allora la pena perdendo molto della sua efficacia repulsiva rapporto al consumato delitto, deve raddoppiare di forza nel reprimere l'attentato (1). 2.° Che anche i Conati pretergressi di regola generale meritano un grado minore di pena del consumato delitto. Questa opinione che fra i Legislatori dell'antichità ebbe de' seguaci, che fu abbracciata da Platone ne' suoi dialoghi *de legibus* (2), che concorda perfino col Gius Divino, *Cap. 21. del Levitico* (3), non andò im-

(1) Genesi del Diritto penale §. 791, e seguenti.

(2) Questo celebre filosofo dell'antichità stabiliva la sola pena dello esilio pel tentativo di uccidere intrapreso senza effetto dall'amico contro l'amico, in venerazione del buon Genio che si era frapposto a tutela di ambedue, risparmiando all'uno di essere ucciso, ed all'altro di essere punito di morte. Non così però se il tentativo era stato fatto dal servo contro il padrone, dal figlio contro il padre, dal fratello contro il fratello; ne' quali casi imponeva la pena di morte. Dialogo XI. *de legibus.*

(3) Le parole del Levitico sono le seguenti — *qui percusserit et occiderit hominem morte moriatur*; ond'è manifesto, che la sola percussione, quantunque potesse in taluni casi esser tale da presentare il

mune da opposizione per parte di qualche Scrittore di cose criminali. Essa peraltro vittoriosamente si difende con quelle stesse due ragioni, che autorizzano ad applicare una minor pena a tutte le altre specie di Conato. Difatti 1.° è comune anche ai Conati pretergressi la ragione, che mancando una qualche cosa all'effettiva consumazione dell'azione criminosa, la punibilità deve decrescere in proporzione di questa mancanza: in una parola colui che esplose l'archibugio senza colpire è tenuto di un atto delittuoso capace di produrre l'uccisione, (la qual cosa che altro può dirsi se non *Conato d'omicidio*?) ma non è tenuto di omicidio. 2.° È lor comune la seconda consistente nella vista politica d'impedire la perfezione de' misfatti. Imperciocchè sia pur vero che l'uomo non può trattenere il dardo dopo che lo ha scoccato: è altronde pur vero, che visto fallito il primo colpo, può replicare il secondo, ed anzi avrebbe il massimo interesse a reiterar l'atto frustrato, se la legge lo punisse egualmente tanto nel caso dell'effetto non seguito che dell'effetto seguito (1). Invano ci si opporrebbe, che questa ragione sarebbe applicabile anche alla calunnia, alla falsa testimonianza e ad altri simili delitti che non ebbero effetto. Imperciocchè in questi casi non è concepibile la reiterazione degli atti, e l'evenienza o non evenienza degli effetti temibili di siffatti delitti dipende da altri agenti morali, che non sono nè il calunniatore nè il falso testimonio. In tutti questi casi la sola *ritrattazione* fatta in tempo utile dovrebbe produrre l'effetto politico di alleggerire la pena al colpevole.

§. V.

Fin qui del Diritto costituendo: ora brevemente faremo parola del Diritto romano, delle nostre leggi patrie, e dei principii seguiti dalla recente legislazione di uno Stato a noi

conato di omicidio, pure non era punita di morte. Gonzalez in Cap. 1. *de praesumpt.*

(1) Genesi del Diritto penale §. 765.

prossimo, vogliam dire del Ducato toscano, dove per le provide cure del Granduca LEOPOLDO sorse nel 1853 un nuovo Codice penale, che per essere il più recente fra quanti ne ha l'Italia richiama meritamente l'attenzione di chiunque dilettisi di studiare ne' lavori legislativi i progressi, di cui è suscettiva la Scienza della sociale sicurezza.

Osserva il Renazzi, che le leggi romane punivano il Conato come consumato delitto nei casi di congiura, di calunnia, di Scopelismo (1). Della congiura si parla nella legge *5. Cod. ad leg. Jul. majestatis*: della calunnia nella *leg. 10. Cod. lib. 9. tit. 46:* dello Scopelismo nella leg. 9. *ff. de extraord. crimin.* Ma quest' Autore altronde rispettabile non considerò che la congiura e la calunnia sono due delitti, in cui per indole dell' azione non può concepirsi Conato, e che lo stesso deve dirsi dello Scopelismo, il quale se veniva dai Proconsoli romani punito sino coll' estremo supplizio, non è già perchè lo considerassero un Conato di omicidio, lo che è assurdo, ma bensì perchè vedevano in esso una grave lesione della libertà civile del cittadino perniciosa all' agricoltura ed infesta alla publica tranquillità: in una parola lo riguardavano e lo punivano come un delitto *sui generis*. In oggi lo Scopelismo riceve nella Scienza un significato più ampio, che abbraccia sotto di sè varie specie di delitti, come il minacciare altrui per lettera la morte o altra grave offesa se non paga una certa somma; il tener prigione un cittadino e ricusarsi di consegnarlo se non previo un indebito sborso ingiunto ai di lui attinenti, ed in generale tutte le minacce condizionate, e spesso ancora quelle fatte ai Magistrati in odio di ufficio. La ragione poi, per la quale,

(1) Ecco come descrive Ulpiano lo Scopelismo Dig. lib. 47. Tit. » XI. leg. 9. Plerique inimicorum solent in Provincia Arabiae praedium » inimici lapides ponere indicio futuros, quod si quis eum agrum co- » luisset, malo letho periturus esset insidiis eorum, qui scopulos po- » suissent. Quae res tantum timorem habet, ut nemo ad eum agrum » accedere audeat, crudelitatem timens eorum, qui Scopelismon fece- » runt. «

mentre le minacce *semplici* da privato a privato sono esenti dall' imputabilità politica, quelle invece *qualificate* come sopra reclamano l'esercizio del magistero penale, è di facile intelligenza. La minaccia semplice da privato a privato procede sempre da un impeto di passione, sedato il quale riacquistano sul minacciante il loro impero la sanzione morale, la religiosa, la politica. Ed è a credersi che se il minacciante si astenne dallo offendere mentre era bollente di sdegno, molto più si asterrà calmata questa passione, meritamente chiamata *breve furore.* Ma quando la minaccia è *condizionata*, essa presuppone nel minacciante una freddezza un calcolo. *Se tu non fai questo, o non ti astieni da questo, io ti percuoto, ti uccido, t'incendio la casa ec.* Questa ne è la formola. Ed essa eccita due riflessioni: la prima è che il minacciante siccome mira ad un fine bramato, è a credersi che eseguirà la minaccia, se non otterrà il fine propostosi: la seconda è che fin dal punto, in cui essa è pronunciata, si ha già un delitto, perchè la libertà civile del cittadino minacciato è violata. Egli è costretto o a fare o ad astenersi da un' azione, o veramente a trepidare, che lo colpisca il male, cui la minaccia gli schiera innanzi. Ed in ciò sta appunto la vera indole dello scopelismo; a cui spesso si riducono anche le minacce fatte ai magistrati in odio di ufficio, come quelle che sono dirette ad inceppare il libero esercizio della giustizia (1).

La punizione del Conato al pari del delitto consumato piacque al Dittatore Silla e al Triumviro Pompeo. Il primo stabilì, che il passeggiare armato ad oggetto di uccidere altrui fosse delitto punibile al pari dell' omicidio: *leg. 1. Dig. ad leg. Corn. de sicariis*; e sulle di lui tracce l' imperatore Adriano rescrisse, doversi punire come omicida colui, che ferì ad oggetto di uccidere, benchè la ferita non abbia cagionata la morte (*Dig. eodem*). Il secondo volle che fosse punito come

(1) Veggasi Cremani Lib. 2. Cap. 4. Art. IX., il quale molte cose dottamente osserva intorno alla natura dello Scopelismo e delle specie delittuose a lui affini.

parricida il figlio che comprasse il veleno per darlo al padre, quantunque non ne eseguisse la propinazione: *leg.* 1. *Dig. ad leg. Pompejam de parricidiis.* Ma s' egli è vero, che il generale consenso, o dissenso degli uomini è una prova della opportunità, od inopportunità delle misure legislative, sarebbe con ciò solo dimostrata l' erroneità di tali sanzioni, poichè molto prima che in Europa comparisse alcuna legge derogatoria, la pratica del foro già ne aveva pienamente receduto.

La leg. 1. *Dig. de extraord. criminib.* ci offre l' esempio del Conato di adulterio punito con pena più mite del delitto consumato: la leg. 6. *Dig. ad leg. Corn. de falsis* ci offre l' esempio dell' impunità accordata al Conato sospeso per causa volontaria nel delitto di falsa moneta.

Queste sono forse tutte le disposizioni del Diritto romano rapporto al Conato. Ora volgiamoci alle leggi patrie, ove troveremo maggiore analogia col Diritto costituendo.

» Il Conato giunto all' atto più vicino all' esecuzione so-
» speso da circostanze fortuite, indipendenti dalla volontà
» dell' agente, come Conato prossimo, è punito con un grado
» minore della pena prescritta pel delitto consumato » Art. 9.° del Regolamento sui delitti e sulle pene 20 Settembre 1832.

» Il Conato, che non ebbe effetto per circostanze fortuite
» e indipendenti dalla volontà dell' agente, manifestato con atti
» che ne esigano degli altri per consumarlo, come Conato
» più o meno remoto secondo le circostanze, è punito con due
» o tre gradi meno del delitto consumato » Art. 10.° Questa latitudine fu lodevolmente lasciata all' arbitrio del Giudice, perchè possa proporzionare la pena alla maggiore o minore lontananza del Conato dall' ultimo atto esecutorio del delitto.

Il Conato sospeso volontariamente è punito colla detenzione da un mese ad un anno. Art. 11.°

I primi due Articoli 9.° e 10.° non sono applicabili a quei casi particolari, in cui la legge ha disposto doversi reprimere il Conato colla pena ordinaria del consumato delitto, come il Legislatore ci avverte nell' Art. 12.° Di cosiffatte sanzioni si parlerà nei rispettivi luoghi del Libro IV.

Esposta così la legge passiamo alla interpretazione. Il Codice Gregoriano nel primo dei suddetti articoli ha esso compresi i Conati pretergressi, o coll' ommettere di farne espressa menzione ha voluto che puniti fossero come delitti consumati? Chiunque non voglia illudersi sul vero senso degli esposti due articoli, chiunque non è straniero ai principj dell' Ermeneutica dovrà convenire, che i Conati pretergressi sono compresi nella disposizione del citato Art. 9.° Difatti la legge nell' art. 10.° dichiara *Conato più* o *meno remoto* quell' attentato, che fu manifestato con atti, che ne esigono degli altri per consumare il delitto (1). Dunque il Conato prossimo contemplato nell' Art. 9.° sarà quello, che non esigeva altri atti per consumare il delitto, ma il cui effetto *fu sospeso per circostanze fortuite indipendenti dalla volontà dell' agente*, per servirmi delle parole della legge. Ora che cosa è mai questo se non un Conato pretergresso? Il Legislatore si è servito della nomenclatura più usitata presso i Dottori, qual' è quella di Conato prossimo, ma ha spiegata abbastanza la sua mente per non dar luogo ad equivoci nella interpetrazione.

Che più? Nell' art. 276. §. 4. si contempla il delitto di veneficio, e vien dichiarato reo di questo delitto chi uccide col veleno: dunque chi propina il veleno e non uccide, benchè sia reo di Conato pretergresso, è meno punito. Nello stesso art. §. 5. si prescrive la morte di esemplarità contro il mandante e il mandatario di un omicidio *seguito*: dunque se l' omicidio non segue, la pena è minore ancorchè si giunga al punto del Conato pretergresso. — Queste riflessioni io scriveva nella prima e seconda edizione della presente mia opera, quando

(1) La legge dice *consumarlo* ma quell' affisso *lo* non può non essere riferibile al nome *delitto*, e mai potrebbe applicarsi al Conato. Difatti l' indole del conato è riposta principalmente in uno o più atti, ai quali manca qualche cosa per consumare il delitto. Se al contrario si dicesse — *il conato è un atto, a cui manca qualche cosa per esser consumato* —, si cadrebbe in una contraddizione in termini, perchè il conato, se esiste, è sempre in se stesso consumato.

cioè la legislazione Gregoriana contava ancora pochi anni di vita. In oggi però la concorde intelligenza di tutti i Tribunali dello Stato nel ritener compresi nell' art. 9.° del Regolamento i conati pretergressi, senza che mai in sede di revisione siasi disapprovata una tale massima, pone la nostra sentenza sul significato del detto articolo fuori di ogni dubitazione.

Resta a parlarsi della legislazione toscana.

Gli Articoli 42. 43. 44. 46. e 48. del codice penale 20. Giugno 1853. contengono le definizioni del *conato in genere*, del *conato pretergresso*, ossia *delitto mancato*, del *conato sospeso per causa volontaria*, alle quali va unito un lodevole principio di giustizia relativo all' attentato di que' delitti, la cui pena è in ragione del danno fisico, cui produssero. Eccone il testo.

Art. 42. *Il delitto è consumato, quando tutti gli elementi, che ne compongono l' essenza, si trovano riuniti nel fatto criminoso, di cui si tratta.*

Art. 43. *Gli atti esecutivi di un delitto doloso, che non giungono a consumarlo, sono tentativi di esso.*

Il Legislatore qui si è fatto strada a definire il conato in genere, premettendo la definizione del delitto consumato. Ciò prova una squisita intelligenza. Il Chiarissimo Carmignani dopo aver osservato, che la definizione dell' attentato fu straziata, come Atteone dai cani, dai teorici, ed abbandonata, come Arianna da Teseo, dai pratici, inclina a credere, che sia meglio esprimerne la nozione in senso negativo, che positivo; ma anche qui trova delle difficoltà, e si mostra malcontento egli stesso della propria definizione negativa data ne' suoi Elementi di diritto criminale al §. 187. in questi termini — *quidquid criminis consummationi deest conatum constituit.* Imperciocchè Egli dice, che *la idea di mancanza di consumazione logicamente anco al nudo pensiero si adatta* (1). Il toscano Legislatore ha evitato anche questo scoglio. Di fatti i termini dell' art. 43. sono esclusivi del nudo pensiero di delinquere.

(1) Teoria delle leggi della sicurezza sociale Vol. 2. Pag. 297 e 299.

Ma, seppur non c' inganna il nostro modo di vedere le cose, sarebbe stato desiderabile un estremo dippiù in quella definizione, pel quale fosse fatto chiaro, che a costituire il conato si richiede il *dolo di proposito*. Questo piccol neo, che a noi sembra di scorgere in quella definizione, non è fecondo di pericoli in una Nazione, dove la scienza del criminale diritto è in isplendore, e dove i Magistrati nutriti alla casta scuola d' un Carmignani, d' un Valeri, e d' altri prodi che coprirono le cattedre di Pisa e di Siena, hanno famigliari i principj di una sana Giurisprudenza.

Art. 44. *Quando la pena del delitto consumato si dee misurare secondo la quantità del danno arrecato all' offeso ; dove non sia dato chiarire, a quanto mirasse l' intenzione di chi commise il tentativo, si presume che fosse diretta allo scopo meno dannoso.*

Questo è il principio di cui testè abbiam fatto cenno, e che giova chiarire con un esempio. Un ladro penetra con chiavi false in una camera, ed appena aperto uno scrigno, ov' erano riposte parecchie migliaja di francesconi, è sorpreso dal padrone e si dà alla fuga prima di giungere a porre la mano sul denaro. Se il di lui conato si avesse a misurare dalla quantità del numerario che si trovava nello scrigno, egli incontrerebbe la metà della *massima* pena, di cui è suscettibile il furto qualificato (Art. 43.). Ma sarebbe ciò conforme a giustizia? Qual' uomo potrebbe dire con sicurezza, che quel ladro avrebbe involato tutto il denaro esistente nello scrigno? Non è forse fra i casi possibili, che si fosse contentato di togliere un sol cartoccio di moneta? Ora nella mancanza d' ogni *dato estrinseco* per conoscere fin dove si sarebbe estesa l'avidità del ladro, ogni regola di ragionevole equità reclama, che presumasi diretto il tentativo allo scopo meno dannoso. E ciò pel principio della certezza estrinseca, unica norma di sicurezza e giustizia sociale. Ma fingasi che il ladro all' arrivo del padrone avesse già posti in un fazzoletto varj involti di moneta per un valsente di francesconi 500., quali abbandonò al vedersi scoperto. Allora la di lui intenzione è manifesta; e l' ar-

ticolo che commentiamo, si è premunito contro un tal caso con quelle parole — *dove non sia dato chiarire a quanto mirasse l'intenzione di chi commise il tentativo.*

Art. 46. *Se l'agente ha eseguito tutto ciò, che era necessario alla consumazione del delitto, dolosamente intrapreso, ma il successo, che è dell'essenza di quel delitto consumato, non è avvenuto per cause indipendenti dalla volontà* e *dal modo di operare dell'agente medesimo; il tentativo trapassa in delitto mancato.*

Ecco una bella ed apodittica definizione del conato pretergresso, ossia delitto mancato. Pregio speciale di questa definizione sono quelle parole — *per cause indipendenti dalla volontà* e *dal modo di operare dell'agente medesimo.* Colla dizione *dalla volontà* si escludono dal novero dei delitti mancati i tentativi sospesi per causa volontaria; coll'altra — *dal modo di operare dell'agente medesimo*, l'articolo di cui parliamo, viene a dichiarare, che nulla hanno di comune coi delitti mancati i tentativi rimasti frustrati per causa legale, e quelli, che fossero stati intrapresi mediante atti del tutto inidonei a produrre il danno finale proprio del delitto.

Art. 48. §. 1. *Va impunito quell'agente, il quale dopo aver commesso un tentativo, che non sia trapassato in delitto mancato, desiste spontaneamente dall'azione intrapresa.*

§. 2. *Dove peraltro il tentativo costituisca un delitto, nella sua specie consumato, si applica la pena di questo.*

Questo articolo in ambedue le sue parti è perfettamente consonante coi principj, che noi abbiamo adottato intorno al conato sospeso per causa volontaria, cioè di lasciar impunito il tentativo interrotto da resipiscenza quando non apportò alcun danno, e di punire, nel caso opposto, l'azione dannosa come delitto *sui generis.*

E qui è necessario di prevenire un dubbio, che potrebbe sorgere negli apprendenti istituendo un confronto fra gli art. 46 e 48 testè riportati. Nel primo si statuisce la massima, che il pentimento esclude la caratteristica di delitto mancato. Nel secondo si dichiara, che il pentimento giova all'attentante per

esimerlo dalla pena, purchè il suo tentativo non sia trapassato in delitto mancato. Sarebbe mai questa per avventura una contraddizione? No davvero. Basta distinguere i due stadii, in cui può avvenire il pentimento dell'attentante per allontanare ogni dubbio di antinomia fra quei due articoli. Pentesi il sicario nel punto stesso, in cui sta per iscoccare il colpo micidiale contro la vittima e ne volge in alto la direzione, perchè non colga? Non v'è più delitto mancato e la sua resipiscenza lo salva dalla pena (1). Pentesi egli al contrario dopo che ha esploso indarno il fulmine d'umana invenzione, poichè la palla volò rasente il corpo della designata vittima senza offenderla? Il di lui pentimento posteriore non lo salva. Abbiamo il vero delitto mancato. Egli fruisce di una minorazione di pena, ma la fruisce soltanto pel carattere *estrinseco* dell'azione, che presenta *un meno* al confronto del delitto consumato.

Tali sono le teorie seguite in questa delicata materia dalla toscana legislazione. La mite misura poi, con cui seguendo i sani principii di giustizia e di politica si puniscono i conati e i delitti mancati, risulta dagli articoli 45 e 47, sui quali non occorrono comenti di sorta.

(1) Chi asserisse, che il caso qui figurato è impossibile, dicendo che il sicario, qualora si pentisse nel procinto di esplodere l'arma, si asterrebbe dallo esploderla, s'ingannerebbe a partito. Riflettasi ai tempi, in cui viviamo. Non potrebbe quel sicario essere per via di mandato lo stromento d'una setta, e far iscoccar in aria il vano colpo per salvar se stesso dal pugnale dei mandanti?



CAPITOLO VI.

Dell' incapacità abituale e accidentale di delinquere.

SOMMARIO

§. I.

Elemento essenziale costitutivo del delitto vedemmo essere il dolo (Cap. III. §. VI.). A costituire il dolo vedemmo esser necessario il concorso di tre umane facoltà, l' intelletto, la volontà e la libertà di agire. Ogni qualvolta adunque sorgerà nell' uomo una qualche causa capace di sospendere la funzione dell' intelletto, o quella della libertà, (quella della volontà non è suscettibile di sospensione) sempre svanirà il dolo, ed in conseguenza mancherà il delitto. Ricercar dunque queste *cause*, indagarne *l' indole* e *gli effetti giuridici* è l' argomento, che in questo capitolo noi prendiamo a trattare.

L' uomo è un composto di due sostanze l' una corporea, l' altra spirituale. Regna tra esse un inesplicabile, ma certissimo commercio, in forza di cui le modificazioni della prima influiscono sulla seconda, e le affezioni della seconda sulla prima. Ciò posto ognun vede poter concorrere nella macchina corporea dell' uomo dei difetti, per cagion de' quali l' intel-

letto, sublime potenza dell' anima, non possa esercitare le sue funzioni, o almeno non lo possa con quell'energia ed attività, che ritrovansi in chi abbia il pieno possesso delle morali facoltà.

Ciò può avvenire o per l'immaturità della macchina corporea, o per la di lei debilitazione cagionata dal grave peso degli anni, o per una fisico-morale malattia, o per la sospensione delle funzioni de' sensi esterni. In tutti questi casi noi diciamo concorrere nell'uomo un difetto *abituale* d'intelletto, cioè la cui azione dura finchè non mutasi lo stato, da cui esso dipende. Finchè persiste questo difetto, l'uomo non può essere per gli effetti penali trattato alla pari degli altri.

Inoltre l'uomo è un ente limitato nelle forze intellettuali e nelle forze fisiche.

La limitazione delle prime fa sì, che non sempre possa avere tutte le cognizioni che gli sono necessarie per ben condursi. Vedemmo che un elemento dell'imputabilità morale è la coscienza, la quale consiste nella cognizione della legge e dell'azione, e nel confronto fra l'una e l'altra. L'uomo potrebbe ignorare la prima, o non conoscere tutte le circostanze essenziali della seconda. Allora concorre in esso un vizio *accidentale* d'intelletto. Lo diciamo accidentale, poichè *attualmente*, e non abitualmente esercita il suo influsso. Il difetto accidentale in quanto all'intelletto fa sì, che l'uomo altronde capace di delinquere non lo è relativamente a quell'azione, in cui quel difetto concorse.

La limitazione poi delle forze fisiche lo sottopone a due accidentalità: la prima di trovarsi la di lui macchina corporea violentata da una forza superiore ad agire come materiale istromento dell'altrui volontà: la seconda di trovarsi costretto da un imminente e grave pericolo alla violazione della legge come unico mezzo per sottrarsi al grave mal soprastante. Nell'uno e nell'altro caso verificasi un difetto accidentale di libertà (pag. 68). Nel primo manca l'imputabilità morale, e con essa anche la politica (pag. 68 e 70): nell'altro svanisce questa seconda soltanto (pag. 70 e 75). È pressochè inutile l'avvertire, che vizio abituale di libertà non può darsi.

§. II.

Il giudizio morale, in virtù del quale l'uomo vede la convenienza o disconvenienza dell'azione colla legge, giudizio, che costituisce la *coscienza* e fa nascere la *imputabilità*, è un atto, che racchiude in sè implicitamente la forma sillogistica, e che costa perciò di una proposizione generale (la legge), di una particolare (l'azione che si giudica) e della conseguenza, in cui più specialmente esso giudizio morale consiste. Le idee generali ed astratte hanno bisogno per la loro *effezione* o svolgimento dell'ajuto del linguaggio. D'altronde il linguaggio nell'uomo non si sviluppa che a gradi. Nel bambino dapprima non esiste affatto, poi ne appare un primo germe: questo germe progredisce nel fanciullo, e gradatamente va a perfezionarsi nell'età media fra il terzo e il quarto lustro. Conseguenza del sin qui detto si è che per la imputabilità dell'umane azioni sarà necessario un certo periodo di età, perocchè se per aversi la medesima è necessaria la *coscienza*, la quale consiste in una esatta cognizione dell'azione nei suoi rapporti colla legge (cap. III. §. II.), se questa cognizione racchiude un giudizio comparativo fra l'azione e la legge, se un tale giudizio presuppone le idee generali ed astratte, se queste presuppongono il linguaggio, non saranno mai imputabili le azioni, finchè il linguaggio non avrà acquistato nell'uomo un sufficiente sviluppo, che col solo progredire dell'età si verifica.

E questa verità consuona perfettamente colla casta scuola del razionalismo ortodosso, il quale nè fa derivare le idee dal linguaggio, nè toglie a questo la influenza sull'*apprezziazione oggettiva* degli esseri, cioè su quella facoltà *morale*, per cui l'uomo stima gli esseri per quello che sono in sè e non per quello che sono relativamente a lui. Ecco come si esprime il chiarissimo Rosmini, analizzate prima con bell'ordine le facoltà che si sviluppano successivamente nell'uomo fino a quella che egli meritamente chiama *morale*. — *Qui* (cioè dopo che l'uomo ha formato il giudizio soggettivo delle cose)

gli si rivela un ordine più sublime di tutti quelli che ha conosciuti fin' ora, l'ordine morale. Egli si accorge ben tosto, che se vuol rendersi contento e felice, non dee farlo con render miseri gli altri; anzi dee procurare la felicità degli altri come la propria. Qual Nume gli parla nell' animo un linguaggio così sublime? (Il Nume è l' Essere Supremo, che gl' infuse l' anima intellettiva e razionale.) *un linguaggio che mette un confine a' suoi godimenti*, e *che prescrive a questi di andar di un passo ben accordato coi godimenti altrui? Filosofia morale Lib. III. Sez. I. Cap. 4 Art. III. §. 10.* E quindi dopo avere spiegato, che quell' ordine sublime è quello, cui l' uomo conosce mercè la stima *oggettiva* degli Enti successiva e pedissequa alla stima *soggettiva*, d' onde sorgono due corrispondenti categorie di giudizj, de' quali gli oggettivi soltanto sono quelli, onde si genera la moralità, soggiunge poi nella sezione II. Cap. III. — *Acciocchè un atto sia morale, non basta che egli sia intellettivo e volitivo: le prime intellezioni e le prime volizioni del fanciullo non si possono dire morali, perchè in lui non è ancora promulgata la legge, ed egli non conosce ancora l'ordine oggettivo degli esseri, al quale mira il dovere.*

Sendo adunque l' età dell' uomo quella, che nel suo progresso fornisce a lui gli elementi, che lo rendono capace di merito e demerito nelle azioni, che volontariamente commette, bene a ragione la fisiologia e la giurisprudenza distinsero nell' Essere umano varj periodi di età divisi fra loro di sette in sette anni. I tre primi e l'ultimo possono unicamente essere argomento delle meditazioni del Criminalista.

La prima età detta *infanzia* estendesi fino all' anno settimo compito. La di lei etimologia *a non fando* abbastanza c'indica la mancanza o imperfezione del linguaggio, che in essa ritrovasi: quindi per le ragioni esposte nullo o imperfettissimo è negl' infanti l' uso della ragione. Se perciò non cade in essi l' imputabilità morale, a molto maggiore ragione saranno esenti dall' imputabilità politica. Opportunamente fu osservato dal G. C. Modestino — *infantem innocentia consilii tuetur. Leg. 12. ff. ad Leg. Corn. de sicariis.*

La seconda età detta *puerizia* (1), o eta impubere, fu argomento di seria disputa fra due celebri Giureconsulti del secolo di Augusto, Capitone e Labeone. Il primo sostenne, che per istabilire il termine dell'impubertà dovesse osservarsi la natura ne' suoi progressi, e che perciò la sola ispezione oculare de' corpi poteva condurre a conoscere il vero termine della puerizia. Labeone opinò essere più opportuna la fissazione di un termine legale alla impubertà desunto dall'epoca in cui più comunemente sviluppansi le forze generative, cioè l'anno quattordicesimo pei maschj, ed il duodecimo per le femmine. Questa seconda opinione piacque a Giustiniano, e fu da lui sanzionata nella *leg. ultim. Cod. quando Tutores, vel Curatores esse desinant.*

Nell'età impubere il linguaggio va gradatamente acquistando un notabile incremento, l'umana mente s'impadronisce ogni giorno di nuove idee, la ragione s'incammina al suo perfetto sviluppo. Ma appunto perchè tutto ciò procede per gradi, la difficoltà sta nel conoscere in qual punto di età lo impubere comincerà ad esser capace di dolo.

La filosofica osservazione, che lo sviluppo delle forze così fisiche come morali varia pressochè in tutti a seconda dei temperamenti, dell'educazione ec. ha suggerito ai romani Giureconsulti la massima, che debbasi rimettere al prudente arbitrio del Giudice il decidere ne' singoli casi dei delitti commessi dagli impuberi *se la malizia abbia supptito all'età*, che è quanto dire se l'impubere abbia o no agito con dolo.

Questa massima ha fatto nascere la controversia, se una tale arbitraria indagine possa aver luogo quanto trattasi di quei delitti, che provengono da venerea libidine. Nè questa questione può sembrare puerile se si riflette, che dopo il termine fissato da Labeone all'impubertà si deve distinguere l'impubertà *legale* dall'impubertà *fisica*. Non v'ha dubbio, che un impubere fisicamente è incapace dei delitti venerei; ma l'impubere legale potrebbe per un più rapido sviluppo del suo sistema organico

(1) Virey Storia fisica, e morale dell'Uomo Vol. I. Sez. I. Art. IV.

esserne suscettibile. Dovrà allora sottentrare il criterio del Giudice a stabilire l'imputabilità del fatto, o per ministero di legge dovrà ritenersi esclusa l'imputabilità medesima? Gomez è di questa seconda opinione. Antonio Matteo dissente, e adduce in prova la legge 13. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, ove si stabilisce potersi accusare la donna minore di anni 12 se in tale età rinunciò al pudore, legge, la quale checchè ne dica il Nani mi sembra provare la verità dell'opinione difesa da quell'interprete, parlando sempre ai termini del romano diritto.

Mi sia però lecito aggiungere un'osservazione. Quando una legislazione abbia stabilito di punire i delitti venerei commessi dagl'impuberi, quando abbia postergato il riflesso, che una tale punizione può forse essere più di danno, che di vantaggio politico, e che per la santità de' costumi sembra più opportuno l'abbandonarli alla correzione domestica di quello che esemplarmente punirli, in tal caso per l'applicazione della pena sarà necessaria la duplice ispezione fisica e morale: la prima, da eseguirsi dai Medici periti, stabilirà l'attitudine fisica all'azione criminosa, senza di che mancherebbe la possibilità del delitto: la seconda sarà di competenza del criterio del Giudice, il quale dovrà, mediante un'accurata indagine sul fatto e sui costumi dell'imputato, conoscere se nell'azione dell'impubere intervenne il dolo. Imperciocchè la sola attitudine fisica al delitto sarebbe un argomento troppo equivoco per dedurne l'imputabilità morale dell'azione.

Del resto il Carmignani osserva, che due metodi può la legge seguire per dirimere la questione intorno ai delitti degli impuberi: il primo è quello di rimettersi all'arbitrio del Giudice, come fu fatto dal Diritto romano: il secondo è quello di stabilire un punto di età, avanti il quale non si possa parlare d'imputazione civile, come fu fatto dalla Gregoriana Legislazione nell'Art. 27 del citato regolamento, giusta il quale all'anno *decimo* compito comincia l'uomo ad essere politicamente responsabile dei delitti che commette. Il primo metodo conviene colà dove i Giudici del fatto sono separati da quelli del diritto: il secondo è più opportuno dove un sol tribunale giudica

del fatto, e del diritto (1). S'addiceva perciò agli antichi Romani il primo, come a noi s'addice il secondo.

Giunto l'uomo alla pubertà, incomincia un altro periodo di età legale, che dicesi *età minore*. Il Diritto romano senza fare alcuna distinzione fra gli affari civili ed i criminali fissò il termine dell'età minore agli anni *venticinque* compiti. Le moderne legislazioni in vista dello sviluppo più rapido, che in oggi si verifica nelle facoltà mentali dell'uomo forse perchè il corso de' secoli abbreviando la durata dell'umana vita la compensò dal lato morale di ciò, che le tolse dal lato del fisico vigore, hanno dovuto restringere il limite dell'età minore negli affari sì criminali che civili. In oggi pertanto l'età minore quasi in tutta Europa cessa per gli affari civili agli anni *ventuno* compiti, e per gli affari criminali agli anni *venti*, ovvero come nella Toscana agli anni *dieciotto*.

Niuno impugnar potrebbe, che nei minori superiori all'anno 15.° la ragione trovasi sviluppata a segno da renderli veramente capaci di dolo. Ma poichè sono tali, dovranno essi punirsi al pari dell'uomo provetto? La ricerca deve istituirsi sotto due aspetti: 1.° in quanto ai delitti prodotti da dolo *d'impeto*: 2.° in quanto a quelli, in cui concorre il dolo di *proposito*, la premeditazione.

Quanto ai primi chiunque consideri la maggiore effervescenza del sangue, che risiede nei minori, e la maggior violenza, ond'essi conseguentemente sono trasportati dallo sdegno, non esiterà a conchiudere, che la pena di qualunque delitto della prima categoria deve nei minori essere inferiore a quella, che si applica in parità di caso al maggiorenne.

In quanto ai secondi chi parteggiasse pel rigorismo potrebbe dire, che la turpitudine dei delitti è una cosa di facile intelligenza, cosicchè il minore, tuttochè non abile al maneggio de' suoi affari civili, è a riputarsi capace di contrarre la penale responsabilità al pari del maggiorenne. Ma non bisogna in sì delicata materia precipitare i giudizii. È noto che l'esperienza viene chiamata la *maestra delle umane cose*, e che

(1) Carmignani Elem. Jur. Crim. §. 146.

essa è quella, la quale ci fa ponderare con esatto giudizio prima di agire tutte le conseguenze, a cui può condurci una nostra azione. Ora l'esperienza è senza dubbio incomparabilmente minore in quel periodo di età, ch'è costituito dal terzo settennio della vita. Come dunque non ravvisare una più lieve responsabilità penale nel minore, che non ancor reso da lunga esperienza sagace nelle vicissitudini della vita è meno abile del maggiorenne nel ponderare le reazioni, che la morale e la politica oppongono al delitto? Non basta: sia pure che il dolo *di proposito* presupponga una passione fredda, diuturna, di carattere non impetuoso come l'ira. Si tratta però sempre di passione, ed ognun sa quanto è più difficile al minorenne a confronto del provetto il vincere o comprimere una passione qualunque. Che se poi a queste ragioni si aggiunga il riflesso, che il veder condannato il minore ad una pena severa, cioè o di morte o di perpetua casa di forza, o di lavori forzati per un numero notevole di anni eccita nella massa sociale un senso di compassione, che nuoce grandemente al pubblico esempio (1), niuno esiterà più a riconoscere la somma convenienza, che il delinquente minore di anni venti, e molto più se minore di anni diciotto sia trattato con qualche benignità nell'applicazione della pena.

È proprio poi del savio legislatore il dividere il periodo dall'anno quattordicesimo compito al ventesimo in due stadii, e statuire che di due gradi diminuiscasi la pena allo stadio più prossimo alla impubertà, di un solo all'altro.

Ma poichè le indagini del Criminalista si estendono anche alle azioni colpose, vediamo che cosa debba dirsi di esse, quando v'incorrono i minori. La colpa è un'ommissione di diligenza, ossia di avvedutezza. L'avvedutezza è una dote preziosa, che

(1) Questo concetto fu espresso dal G. C. Trifonino in questi termini —. *In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem utique atrocioribus: nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem perduxerit. Leg.* 37. *ff. de minor. XXV. annis.*

si acquista per mezzo dell'età, della riflessione e dell'esperienza: essa dunque è sempre minima nella primavera della vita. Se adunque la colpa si punisce perchè è dovere dell'uomo l'esser cauto nell'operare, ed astenersi da quelle azioni, che offrono un pericolo di nuocere altrui, se la preveggenza del pericolo è in ragion diretta dell'avvedutezza, la quale è pressochè nulla nel minorenne, è chiaro che le azioni colpose commesse nell'età minore non sono ordinariamente punibili. Concorda pienamente con questo principio il Diritto romano nella leg. 1. Cod. *si adversus delictum — In criminibus quidem aetatis suffragio minores non juvantur: etenim malorum mores infirmitas consilii non excusat. Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit,* (ecco la colpa) *noxia non committitur, etiamsi poenae causa pecuniae damnum irrogetur: et ideo minoribus in hac causa integrum restitutionis auxilium competit.*

Suol proporsi la questione se gl'impuberi ed i minori contraggano quei delitti che consistono nell'ommissione. Il Gomez sta per la negativa, Antonio Matteo per l'affermativa, e si appoggia alla legge *excipiuntur 14. ff. ad S. C. Silanianum*, ove si narra il caso di un servo impubere (capace però di dolo), che fu punito di morte per aver taciuto l'autore dello eccidio del suo padrone; sul quale argomento però si potrebbe promovere il dubbio se una legge fatta pe' servi fosse applicabile ai liberi. Il Renazzi procura di conciliare le due discordanti opinioni col dire, esser tenuti gl'impuberi di quelle ommissioni che provengono da dolo, non così di quelle che hanno origine da colpa; conciliazione incompleta, se si riflette, che le ommissioni tutte consistendo nell'inazione presentano generalmente parlando la presunzione di colpa, per cui doveva l'Autore suggerire una regola di criterio per discernere le ommissioni dolose dalle colpose. Più opportuna è la conciliazione immaginata dal Professor Nani, cioè che gl'impuberi ed i minori contraggano responsabilità penale in quelle ommissioni che si oppongono ai primarj doveri di natura, non così quando si trattasse dell'ommissione di quei doveri, che incombono all'uomo, solo in quanto è cittadino. E la ragione si è perchè nel

primo caso prevale la presunzione di dolo: nel secondo prevale la presunzione di colpa. Così, se una legge positiva prescrivesse al figlio con penale sanzione di soccorrere il padre assalito, questa ommissione non sarebbe scusabile nel minore o impubere capace di dolo; viceversa la colpa d'aver ommesso di perseguitar coll'accusa l'uccisore del testatore, benchè privi il cittadino d'età maggiore dell'eredità, viene condonata al minorenne. Leg. 6. Cod. *de his quibus ut indignis etc.*

Ora è nostro dovere lo accennare le disposizioni del diritto pontificio e toscano intorno agli impuberi ed ai minori. Quelle del primo sono racchiuse nell'art. 27. §§. 1. 2. e 3. del già citato Regolamento. Esso distingue tre periodi di età, il primo dagli anni dieci compiti ai quindici non compiti, entro il qual periodo l'uomo per qualunque delitto non può esser punito, che con pena di detenzione dai due mesi ai tre anni; il secondo dagli anni 15 compiti ai 18 non compiti, che dà luogo alla minorazione di due gradi della pena, e converte la medesima in detenzione temporanea: il terzo dai 18 compiti ai 20 non compiti, che dà luogo alla minorazione di un grado della pena ordinaria.

Il Codice toscano poi comincia dallo stabilire nell'art. 36, che prima dell'anno duodecimo compito non si dà imputazione criminale, e rimette la cognizione delle azioni contrarie alla legge commesse prima di tale età o alla domestica disciplina, o, ne' casi più gravi, alla polizia amministrativa per un provvedimento adattato alle circostanze.

Quindi si esprime così. — Art. 37 §. 1. *Quando un delitto è stato commesso da un minore, che abbia compito il duodecimo anno e non il decimoquarto, il Tribunale dichiara se l'agente operò con discernimento o senza discernimento.*

§. 2. *Se l'agente operò senza discernimento, il Tribunale lo assolve ed ordina, o che sieno richiamati i parenti ad invigilare sulla condotta di lui, o, ne' casi più gravi, che sia collocato in una casa di correzione per un tempo, che non ecceda tre anni.*

§. 3. *Se l'agente operò con discernimento, incorre....* E qui

la legge statuisce cinque categorie di pene afflittive, che incominciano da quattro a sei anni di carcere pei delitti puniti di morte, e scemano gradatamente pei delitti meno gravi nella proporzione tra il duodecimo e il sesto della pena, che si applicherebbe al maggiorenne, dalla qual proporzione poco discostasi quella della multa, che è tra il sesto e il quarto.

In quanto finalmente al delinquente, che abbia compiuto l'anno decimoquarto e non il decimottavo, la di lui pena si restringe come segue. Se il delitto si punirebbe nel maggiorenne colla morte, si applica al minore la casa di forza da 12 a 15 anni; se al primo si applicherebbe l'ergastolo, il secondo è punito colla casa di forza da 8 a 12 anni; e per tutti gli altri casi la proporzione è dal quarto alla metà della pena, che sarebbe dovuta al maggiore. Art. 38.

L'età minore poi cessa all'anno decimottavo compito. Art. 39.

È a notarsi l'assennatezza, colla quale la legge toscana ha saputo conciliare ambedue i metodi poc'anzi accennati di dirimere la questione sulla penale responsabilità degli impuberi, perchè da un lato fissò uno stadio, innanzi il quale non si può parlare d'imputazione criminale, dall'altro ha voluto che anche al di là di quello stadio fino a un certo punto una questione pregiudiziale fosse di sicurtà al popolo, che non si fa luogo a pena ove manchi la moralità nell'azione contraria alla legge.

L'ultimo periodo dell'età dell'uomo è la decrepitezza. Allora dicesi *decrepito* l'uomo quando la di lui macchina corporea lassa dal grave peso degli anni è caduta in uno stato di tale debilitazione, che lo avvicina ai fanciulli. È chiaro che in tal caso per quella reciproca connessione e dipendenza, che passa fra l'anima e il corpo, le di lui facoltà mentali saranno depresse talvolta a segno da renderlo incapace di dolo. In tal caso non potrà nell'azione del vecchio verificarsi il delitto. Ma benchè i Fisiologi fissino il principio approssimativo della decrepitezza all'*ottantesimo* anno, pure in così fatta materia è indispensabile rimettere all'arbitrio del Giudice il decidere se

il vecchio che oltrepassò gli ottant' anni agì con precognizione, ossia con dolo, locchè dalle circostanze del fatto e dai costumi dell' imputato dovrà facilmente apparire.

L' attuale Pontificia Legislazione contiene due disposizioni rapporto ai vecchi. La prima prescrive che chiunque nell' atto del giudizio (e molto più se prima) sarà giunto all' anno *settantesimo* compito non potrà essere condannato alla morte: la seconda che al vecchio settuagenario sia commutata la pena della *galera o dei lavori publici con ferri* in altri lavori proprj dello stato fisico della sua età, e ciò quand' anche giungesse a tal punto d' età mentre sta espiando la pena (Art. 31. e 32. del citato Regolamento). Disposizioni ambedue plausibili, mentre la seconda ha il suo fondamento nei principj di umanità, e la prima discende da quella considerazione di prudenza politica, che esponemmo per ultimo parlando delle azioni dolose commesse dai minori.

Il codice toscano non ha alcuna disposizione intorno ai vecchi; e ciò perchè, come osserva il Professor Mori nella citata sua Opera, ove in essi manchi il discernimento, sono guarentiti dall' art. 34, nel quale si statuisce, *non essere imputabili le violazioni della legge quando chi le commise non ebbe coscienza de' suoi atti e libertà d'elezione.*

§. III.

Benchè l' uomo non sia nell' estremo nè dell' infanzia, nè della decrepitezza, ma trovisi in un' età matura, alcune circostanze possono produrre in lui o una sospensione dell' uso delle sue facoltà morali, od uno sconcerto nelle medesime. La sospensione avviene per una *causa naturale*, che è il *sonno*: lo sconcerto per *cause preternaturali*, che sono *la sordità dalla nascita*, *l' ebbrezza*, *la demenza*, appellate dai Fisiologi *malattie fisico-morali*. In tutti questi quattro casi si verifica nell' uomo il difetto *abituale* d' intelletto.

I. Le forze attive dell' uomo cadrebbero ben presto in uno stato di estremo affievolimento, se all' esercizio inevitabile delle

funzioni intellettuali e corporee non succedesse uno stato di riposo delle une e delle altre che chiamasi *sonno*, il quale fu rettamente definito ne' suoi effetti dall'Enciclopedia — *una sospensione delle funzioni de' sensi esterni, ed una cessazione de' moti procedenti dalla volontà.* Ma sebbene questi due effetti osservinsi per l'ordinario congiuntamente nelle persone immerse nel sonno, nondimeno avviene talvolta per un raro morale fenomeno che si verifichi ne' dormienti una sospensione parziale de' sensi esterni accompagnata da moti se non involontarii almeno inavvertiti. Ciò incontrasi in alcuni individui affetti di una soverchia mobilità di fibre, che li fa parlare, od agire nel sonno. Nel primo caso si verifica il *sonniloquio*, nel secondo il *sonnambolismo*. Tacendo de' sonniloqui, ne' quali sembra impossibile il concepire un effetto lesivo ai diritti altrui, volgeremo un rapido sguardo ai sonnamboli. Questi soggetti a sorgere dal luogo del loro riposo, a muoversi, agitarsi, passeggiare ed agire possono senza dubbio recare ad altrui nocumento. Ma recandolo saranno essi riputati averlo fatto con dolo? L'esperienza ha fatto vedere nel celebre sonnambolo Castelli osservato in Milano nel 1780 (1) da Medici celebri, che egli durante il sonnambolismo aveva fino ad un certo punto il senso della vista e dell'udito. Leggeva le ricette (era giovane di farmacia) e ne rilevava i difetti, che a bella posta vi si scrivevano. Rispondeva ai discorsi che avevano legame colle idee di cui era occupata la sua mente. Ma non vedeva nè udiva quelle persone, sebbene astanti, le quali non si erano con arte insinuate nel nesso de' suoi pensieri. I metafisici per ispiegare questi e simili morali fenomeni, si rivolsero a distinguere l'attenzione in *attuale deliberata*, ed in *abituale indeliberata*, attribuendo a questa seconda tutte le operazioni del sonnambolo. Se adunque nel sonnambolo non può riconoscersi al più che un'attenzione *abituale indeliberata*, la quale è molto affine al puro meccanismo, se nel sonnambolo si verifica una catena

(1) Veggasi la relazione fattane dal P. Soave inserita nella Raccolta di Opuscoli scelti stampata dal Marelli in Milano nel 1780

involontaria d'idee, alla quale tutto ciò che è estraneo per lui non esiste, è indubitato, che manca ad esso lui la coscienza dello stato in cui ritrovasi, manca la libertà di agire, manca finalmente la coscienza di violare la legge se per avventura incorre in azioni ad essa contrarie. Egli adunque è immune da dolo, e questa fu sentenza di Anton Matteo, e dovette pure esser quella de' romani GG. CC. poichè nella leg. 1. §. 3. *ff. de adquir. vel amitten. posses.* essi paragonano il dormiente all'infante e al furioso. Ma potrà dirsi altrettanto della colpa? Il sonnambolo che sa di esser solito a sorgere di notte, e ad agire in modo a sè e ad altri pericoloso, deve prendere quelle precauzioni, che valgano ad impedirgli di nuocere altrui. Se ommesse tali diligenze incorrerà in qualche fatto ad altri nocivo, sarà responsabile del danno avvenuto, come di un quasi-delitto. E non più che quasi-delitto opina essere Antonio Matteo la di lui azione, quando anche vegliando avesse covata in seno capitale inimicizia contro alcuno e lo avesse dippoi percosso o ferito durante il sonnambolismo. Finalmente è a sapersi, che di colpa può esser tenuto talvolta anche il dormiente non sonnambolo. La nutrice, che immersa nel sonno soffoca di notte, per trascuranza delle opportune cautele, il bambino che presso lei giaceva, è tenuta di omicidio colposo, e le verrebbe rettamente applicato l' Art. 290. o 291. dell'attuale nostra Legislazione.

II. Ulpiano nella leg. 8. *ff. de tutorib. et cur. datis* avverte che si deve dare il curatore al sordo e muto. Giustiniano insegna altrettanto nel cap. 23. lib. 1.° dele sue istituzioni; ond'è indubitato, che i sordi e muti venivano dai Romani equiparati per gli effetti civili ai furiosi. Ma potrebbe dirsi altrettanto per la responsabilità penale? La disparità della materia è troppo grande, e se si riflette che anche i prodighi dal Dritto comune sono per gli effetti civili equiparati ai furiosi, mentre la scorta sola del buon senso ci persuade, che la prodigalità non è un titolo per iscusare alcuno nè in tutto nè in parte pei delitti commessi, converrà conchiudere, che dagli enunciati due testi non può dedursi conseguenza alcuna per la scienza che noi trattiamo.

Antonio Matteo sembra essere di opinione che le azioni delittuose de' sordi e muti siano punibili al pari di quelle degli altri cittadini, preso argomento dalla *leg. 48. ff. de obligat. et actionib. e dalla leg. 3. §. surdus quoque, et seq. ff. de S. C. Silan.* Ma sia detto col dovuto rispetto a un tanto Interpetre, le citate leggi non portano ad una tale conseguenza. Difatti se Paulo nella prima ci dice che il sordo può obligarsi nei contratti di compra e vendita, locazione e conduzione ecc., non è verosimile, che parli di un sordo e muto ad un tempo, e molto meno di quelli che sono tali dalla nascita. Parimenti se dalla sanzione del S. C. Silaniano viene liberato il servo muto, che non soccorse il padrone allora soltanto che unico mezzo di ajuto era il clamore, può presumersi che ivi si parli del muto divenuto tale dopo l'uso di ragione, tanto più che la stessa legge poco prima parlando del sordo dice di lui *inter imbecillos numerandus est.* È vero però che il lodato Interprete poche linee dopo limita la propria opinione quando trattisi dei sordo-muti dalla nascita, dicendo che per esser mancanti di quel senso per cui principalmente profittiamo, si deve loro far grazia della pena più grave; ma questa conclusione non soddisfa, poichè prima si deve ricercare se i sordo-muti dalla nascita siano capaci o incapaci di dolo, per istabilire l'imputabilità o non imputabilità delle loro azioni, e quindi, ove la questione potesse mai risolversi per l'affermativa, vedere se esista alcun giusto motivo di alleggerir loro la pena; ma non è lecito passare alla seconda ricerca senz'aver risoluta anteriormente la prima.

Quella distinzione poi che altri Interpreti hanno fatta dei sordo-muti in *dotati d'intelletto*, e *privi d'intelletto*, in un tempo in cui l'arte d'istruire questi esseri infelici non era ancor nota, non può spiegarsi altrimenti, che assegnando alla prima classe i sordo-muti divenuti tali dopo l'uso della ragione, ed alla seconda quelli che sono tali dalla nascita. Ma basti il sin qui detto per quanto spetta al Diritto positivo e alle dottrine degli Interpreti, ed esaminiamo filosoficamente la questione.

Quando un bambino nasce privo dell' organo dell' udito, egli è necessariamente anche muto, perchè non può crearsi da se stesso un linguaggio, e quel che fu detto del figlio di Creso non c' impone abbastanza per rimoverci da questa opinione, poichè o il figlio di quel Re non era sordo dalla nascita, o il fatto non è storico perchè ripugna alla ragione. L' uomo dunque nato sordo è privo fino a un certo segno del commercio co' suoi simili: egli non può fare con essi il vicendevole scambio delle idee: mancano a lui que' preziosi ajuti, che il linguaggio somministra per isvolgere le idee astratte, per estendere e perfezionare i giudizii: egli in somma è in uno stato affine a quello di un fanciullo non ancor settenne. In siffatta condizione psicologica sarà egli capace di formare la stima oggettiva delle cose, per la quale si appalesa all'uomo in tutta la sua lucidezza l' assoluta giustizia? Su questa ricerca sarà lecito per lo meno elevare un dubbio. Ed in questo dubbio in questa incertezza chi oserebbe affermar francamente, che le azioni prave commesse dal sordo-muto possano a lui rimproverarsi della stessa guisa come se ne farebbe rimprovero all' uomo di sensi integri e sani? Ciò non è tutto. Pongasi per ipotesi, che a quel dubbio di sopra elevato possa sostituirsi la certezza in senso affermativo. Siffatta certezza porterà bensì a conchiudere per la imputabilità morale dell' azione prava commessa dal sordo-muto, ma non mai per la imputabilità politica di essa. Difatti se questa presuppone il dolo; se il dolo è *la coscienza di violare liberamente nell' agire una legge promulgata*, lo che importa la cognizione della legge politica; se questa legge non può esser nota ai sordo-muti dalla nascita, (eccetto che stati fossero con metodo particolare istruiti) sarà dimostrato, che gl' infelici esseri di cui parliamo non potrebbero senza ingiustizia assoggettarsi all' imputazione civile per le azioni dannose in cui incorressero, salve però sempre le misure preventive di polizia idonee a provvedere alla publica sicurezza, quando con qualche azione dimostrassero un animo inclinato a nuocere altrui.

È chiaro poi, che noi fin qui abbiamo inteso di parlare de' sordo-muti non istruiti. Ma un metodo che onora l'umanità e la filosofia ad un tempo, scoperto nel secolo XVII. in Ispagna, coltivato di poi in Inghilterra ed in Olanda, e finalmente perfezionato in Francia dall'*Ab. de l'Epèe* e da *Mons. Sicard* ha fatto sorgere nelle principali città di Europa, non esclusa Roma, de' stabilimenti in cui i sordo-muti vengono con particolari metodi istruiti. Malgrado però le più attente cure degli istitutori che presiedono a questi stabilimenti, i progressi letterarj e scientifici de' sordo-muti sono così lenti, sono così per l'ordinario limitati, che in linea di giusta politica sembra doversi in ogni evento di qualche delitto commesso dal sordo-muto istruito stabilire nel processo con prove positive la cognizione nel reo della legge positiva e l'attitudine a comprenderne la penale sanzione.

Il Diritto pontificio non ha alcuna disposizione intorno ai sordo-muti, e così lascia liberi i Magistrati di seguire in questa materia quei principj, che la fisiologia e la giurisprudenza suggeriscono.

Il Codice toscano presenta su questo argomento due sanzioni racchiuse negli art. 40 e 41. Nel primo si statuisce che il sordo-muto, il quale non ha compiuto l'anno quattordicesimo è equiparato al fanciullo, che non ha compiuto il duodecimo, e così viene ritardata per questi esseri infelici l'epoca in cui può farsi luogo alla imputazione criminale. Nel secondo trovasi prescritto, che in qualunque età venga il sordo-muto accusato di un delitto, debba sempre il Tribunale far precedere il giudizio s'egli abbia o no agito con discernimento. Ove il dubbio sia risoluto negativamente, non possono aver luogo contro il sordo-muto se non quelle miti misure che sono applicabili al fanciullo minore di anni dodici. Qualora poi si decida affermativamente, si fa luogo ad una misura di punire mitissima per verità, ma che non escluderebbe ogni amarezza, se non sottentrasse il riflesso che vado a dire.

Il legislatore nei suesposti due articoli parla sempre dei sordo-muti in genere senza distinguere se essi siano stati o

no da metodi particolari istruiti. D'altronde dovendosi con una pregiudiziale discussione stabilire se il sordo-muto imputato del delitto abbia o no agito con discernimento, v'è fondamento di presumere, che in questa preliminare questione l'affermativa risulterà allora soltanto che l'intelletto del sordo-muto sia stato coltivato col metodo, che ho di sopra accennato, e che è l'unico mezzo pel quale egli può arrivare a conoscere la legge positiva umana. Questa considerazione offre bastevole guarentigia, che il toscano Legislatore non si è esposto al pericolo di punire dove manchino gli estremi dell'Imputabilità politica.

III. La ragione, quasi non fosse quel raggio divino inestimabile che distingue l'uomo dai bruti, viene talvolta da questo disprezzata a segno da bramarne il temporaneo sopimento. Ciò che gli Orientali procacciano a se stessi coll'uso dell'oppio, gli Europei lo ricercano nell'abuso del vino. Succede allora quella fisico-morale malattia che dicesi *ebbrezza*, la quale giunta a un certo grado toglie affatto la ragione. Se in questo stato l'uomo giunge a delinquere, l'azione che commette è senza dubbio involontaria, e perciò immune dalla morale imputabilità. A ciò riflettendo il Farinaccio ed il Tiraquello, e ravvisando una disconvenienza politica nel lasciare totalmente impunito l'ebbro delinquente, considerarono l'azione ne' suoi antecedenti, e sembrando loro di ravvisare nell'ebbro una volontà precedente di darsi in preda all'ebbrezza, e perciò una mancanza di calcolo de' possibili funesti effetti di essa, insegnarono, che l'azione criminosa commessa dall'ebbro dovesse riguardarsi come *colposa*, e come tale punirsi. Questa opinione non è in conto alcuno ripugnante al buon senso, purchè suppongansi: 1.° uno stato tale di ubriachezza, che abbia tolto pienamente all'uomo l'uso di sua ragione: 2.° l'abuso volontario del vino, ossia la coscienza di darsi in braccio all'ubriachezza, la quale non concorrerebbe in chi non per eccessiva quantità di vino bevuto, ma per la cattiva qualità di esso, o pel mescolamento al liquore di eterogenee sostanze cadesse in ebbrezza.

Ma contro l'opinione dei due suddetti autori insorse il Cav.

Filangeri (1), il quale prese a sostenere, che l'azione dell'ebbro deve ritenersi dolosa, e non colposa. Ecco i di lui argomenti. Colui che vuole la causa non può negare di volere anche gli effetti: l'ebbro volle smarrire la sua ragione: dunque avrà voluto anche il delitto che da questo smarrimento è risultato. A questo argomento rispose trionfantemente il Pastoret coll' osservare, che se l' ebbrezza fosse la causa infallibile del delitto, la volontà della causa proverebbe senza dubbio la volontà dell' effetto; ma chi oserà sostenere che un effetto, la possibilità del quale sta come uno a mille, sia un effetto, necessario (2)? Prosegue il Filangeri e dice, che ne' casi colposi l' azione che produce l'effetto nocivo è in se stessa indifferente, laddove nel delitto commesso dall' ubbriaco vi è un male nella causa, vi è un male nell' effetto. Questa supposta differenza rimarcata dall' illustre scrittore non sempre esiste. Spesso avviene che uno dà opera a cosa illecita in se stessa, o almeno illecita per ragione del tempo, del luogo o della persona, e contro la sua aspettazione cagiona un danno impreveduto. *Instit. lib. 4. tit. III.* §. *4.* Ecco un male nella causa, un male nell' effetto. Eppure per questo secondo è tenuto di colpa, non di dolo. Non basta. Finchè la legge non erige in delitto l' ubbriachezza (e al farlo ostano forse le comuni abitudini, osta la difficoltà di accertare gli estremi della violazione) il bere anche smoderatamente, benchè atto immorale, sarà cosa lecita in faccia alla legge positiva. Il Carmignani anzi procede più oltre, e mostra con degli esempj storici, che presso alcune Nazioni il bere di molto vino si riguardò come prova di temperamento marziale e robusto. Dunque quel *male nella causa*, di cui parla il Filangeri, non è in senso politico assolutamente vero.

Piacque ad alcuni Scrittori di distinguere l'*ebbro* dall' *ebbrioso*, ossia l'ebbrezza *accidentale* dall' *abituale*, per poi conchiudere che mentre deve punirsi con molta mitezza il delitto

(1) Scienza della Legislazione Lib. III. part. III. capitolo 37.
(2) Des lois penales part. III. chap. 7. Art. III.

del primo deve negarsi ogni diminuzione di pena all' azione criminosa del secondo. Di questa opinione sono Antonio Matteo, il Renazzi ed altri. Ma a parlar con giustezza qual è la differenza morale fra la situazione dell'ebbro e quella dell'ebbrioso? Questa sola, che al secondo può imputarsi una mancanza di calcolo di possibili, la quale nel primo per lo più non ravvisasi in conto alcuno. Dunque se non differiscono fra essi, se non in quanto l' uno può considerarsi tenuto non di dolo ma di colpa, l' altro nè di dolo nè di colpa, la distinzione di cui parliamo doveva portar quei Scrittori a conchiudere per l' impunibilità dell' ebbro, e per la pena correzionale dell' ebbrioso.

Come risolveremo adunque la questione sull' ebbrezza? Imiteremo noi l' esempio degli antichi più moralisti che politici, che vollero doppiamente punito il delitto dell' ubbriaco per castigare ad un tempo l' ebbrezza e la successiva violazione della legge, o ligj ai moderni manderemo assoluto l' ebbro, serbando all' ebbrioso una pena correzionale come delinquente colposo? Se i primi errarono, i secondi non risolvettero pienamente la questione per non avere opportunamente distinti i varj gradi di cui è suscettibile l' ebbrezza. Era riserbato al genio di un illustre Scrittore di medicina forense il Ch. Prof. Puccinotti (1) il presentarci il perfetto sviluppo della questione. Egli osserva, che nell' ubbriachezza devono distinguersi tre gradi più notabili, a cui dà i nomi di *ubbriachezza giuliva*, *ubbriachezza furibonda*, *ubbriachezza letargica*. Ripone il carattere della prima *in una insolita vivacità*, *nel rapido corso delle idee*, *ed in un folle brio che ottunde di tanto il sentimento morale di quanto esalta il piacere della sensuale esistenza*. Scorge nella seconda una dimenticanza del passato, un' idea confusa del presente, una veemenza di passioni irresistibili, uno sconvolgimento d' intelligenza, in una parola una somma affinità col maniaco. Ravvisa nella terza una depressione totale di forze sì mentali che fisiche, la quale rende l' uomo più pericoloso a se stesso che agli altri. Veniamo ora alle conseguenze legali.

(1) Lezioni di Medicina legale Lez. XXIII.

Nell' *ultimo* grado l' uomo è fisicamente incapace di delinquere. Le guardie che vegliano alla publica sicurezza non potranno che prendere le precauzioni opportune a salvarlo da un infortunio. Nel *secondo* non può ritenersi violatore doloso della legge a cui contravviene, ed è allora che può sottentrare la distinzione di ebbrezza abituale ed accidentale, per applicargli nel solo primo caso la pena correzionale come reo di quasi-delitto (1). Nel *primo* noi ravvisiamo una situazione affine a quella di chi delinque nell' impeto degli affetti. Il fuoco che infiamma l' ebbro giulivo, la più rapida circolazione del sangue danno alle sue azioni un' insolita energia, che se non toglie la punibilità dell' azione, la diminuisce di molto. Che se poi l' ebbro giulivo venga provocato, la provocazione dovrà tanto più valutarsi in quanto lo stato di ebbrezza giuliva mentre da un lato scema la riflessione, dall' altro aumenta l' irascibile dell' uomo.

Non è poi da passarsi sotto silenzio una circostanza che può accompagnare l' ebbrezza, quella cioè di essere *preordinata al delitto.* Il riflesso del Pastoret, che un uomo il quale medita un delitto, avendo bisogno della calma e della preveggenza per commetterlo, non vorrà esporsi a perderle amendue coll' abuso del vino, sarebbe di grandissimo peso se non esistesse altra specie d' ubbriachezza che la letargica e la furibonda. Ma essendovi anche l' ebbrezza giuliva, la quale anzi è la più comune e frequente, non v' è alcuna improbabilità, che taluno se la procuri per avere maggior coraggio di commettere un delitto già meditato. All' evenienza di questo caso, l' ebbrezza non è più una causa attenuante il misfatto, poichè la legge non deve accordare indulgenza ai mezzi più raffinati di delinquere.

La Gregoriana legislazione ci presenta tre sanzioni su questa materia, circoscritte però al titolo di omicidio. Questo delitto se viene commesso nell' ebbrezza abituale è punito colla

(1) Veggasi Bohem. ad Carpzov. quaest. 27. obs. 3. e Cremani lib. II. cap. V. §. 17. in nota.

galera perpetua; se nell' ebbrezza accidentale colla galera temporanea dai cinque ai dieci anni; se nell' ebbrezza preordinata al delitto colla pena ordinaria dell' omicidio deliberato. Art. 287. 288. e 289. del citato Regolamento. Il 1.° e 2.° art. non sembrano applicabili che all' ebbrezza giuliva. I tribunali dello Stato con savia interpretazione estendono questa benigna disposizione alle ferite, alle percosse e ad altri simili delitti.

Il Codice penale toscano non ha alcuna disposizione espressa circa l' ebbrezza. Opina però il Professor Mori, che il Legislatore abbia provveduto abbastanza coll' art. 64. Eccone il testo.

Art. 64. *Quando l' agente si trovi in uno stato vicino a quello, che secondo l' art. 34. esclude intieramente l' imputazione, i tribunali sono autorizzati a discendere* (a) *ad una specie penale inferiore, se la pena minacciata al delitto è assolutamente determinata;* (b) *al disotto del limite inferiore, o ad una specie penale inferiore, se la pena minacciata al delitto è relativamente determinata.*

Rammentiamoci che l' art. 34. statuisce, *non essere imputabili le violazioni della legge penale quando chi le commise non ebbe coscienza de' suoi atti e libertà d' elezione.* Or bene. Siccome l' ebbrezza presenta uno stato affine a quello, di cui parla quest' ultimo articolo, così saviamente insegna il prelodato Professore, che i Magistrati all' evenienza di delitti commessi dall' ubbriaco possono valersi dell' art. 64. per diminuirne la corrispondente pena. Anzi egli spinge tant' oltre la sua dottrinale interpretazione fino a credere, che possano riportarsi all' articolo 64. il delitto commesso dal sonnambolo dopo averlo concepito nella veglia, e quello, in cui incorresse il demente durante i lucidi intervalli. Ma in quanto al primo caso, di rarissima evenienza e d'intrigata prova, noi lo reputiamo più suscettivo di servire d' amena disputa in un' accademia, che di essere portato innanzi i tribunali, ed in quanto al secondo ciò che diremo fra poco a suo luogo ci autorizza a dissentire dalla troppo azzardosa interpretazione dell' egregio Professore.

IV. Quello smarrimento d'intelligenza, che nell'uomo avviene temporaneamente per l'abuso del vino, si verifica talvolta in lui diuturnamente allorquando cade in quella fisico-morale malattia, che con vocabolo generico chiamasi *insania* o *alienazione di mente*. Questa può essere occasionata sì da cause fisiche, che da cause morali; ma qualunque ne sia stata l'origine, è certo che l'insania turbando nell'uomo la facoltà di *attenzione*, o quella di *associazione*, o amendue ad un tempo, lo rende inetto a formare retti giudizj. Noi seguendo le tracce del Pisano Professore osserveremo che tre ricerche si possono promovere intorno all'insania: la *prima* per istabilirne le diverse specie, e dedurne la loro influenza sulla moralità dell'azione: la *seconda* per rinvenire i dati, con cui distinguere la pazzia vera dalla simulata: la *terza* per fissare quali presunzioni o argomenti seguir debba la legge, o il Magistrato, ad uscire dalla incertezza quando sorge il dubbio se il delitto è stato commesso in istato di sana mente, oppur di pazzia. La prima ricerca è d'indole fisiologica: la seconda appartiene alla Medicina legale: la terza è di esclusiva competenza della scienza che trattiamo.

1.° Antonio Matteo distingue l'alienazione di mente in *furore*, *demenza* e *stoltezza*. Condannata l'opinione di quelli che opinano doversi i furiosi distinguere per una certa rabbia o irresistibile trasporto di nuocere altrui, soggiunge doversi più rettamente chiamar *furiosi* quelli che mancano totalmente d'intelligenza: *dementi* o *mentecatti* quelli che non sopra tutti gli argomenti ma sopra alcuni delirano: *stolti* quelli in cui ravvisasi una minore alterazione d'intelligenza al confronto di quella de' furiosi e dementi.

Riportata così l'opinione del primo fra i nostri interpreti, mi piace di riferir pur quella del sullodato Puccinotti, il quale anch'egli distingue tre gradi nella pazzia, a cui attribuisce i nomi d'*imbecillità*, *demenza* e *manìa*. Questa distinzione coincide in certo qual modo con quella di Antonio Matteo, se non che l'illustre Urbinate indica meglio i caratteri e le divise, sotto cui presentansi i tre gradi d'insania, e meglio, dirò ancora, le conseguenze legali che ne discendono. » Il carattere adunque

» dell'*imbecillità*, la quale secondo i suoi gradi ora prende forma » di *stupidità*, ora di *fatuità*, ora d'*idiotismo*, consiste nell'in- » capacità di attenzione, e si manifesta con discorsi ed atti » nudi di significato, e con falsi giudizj. Nella *demenza* sva- » niscono per viziose associazioni d'idee i rapporti tra le fa- » coltà mentali tra loro, e cogli oggetti del mondo este- » riore, d'onde si svolgono fantasie ed illusioni, dietro le » quali si giudica come se fossero obbietti reali appercepiti » pe' sensi. Questa demenza è *fissa* o è *vaga*. È vaga quando » da un momento all'altro si alternano le false associazioni e » immaginamenti di oggetti diversi, l'uno dall'altro disgiunto, » come ne' sogni: è fissa quando molte idee falsamente asso- » ciate si aggruppano tenacemente ad un solo oggetto, ed al- » lora dicesi anche *monomanìa*. Cotesto oggetto e le idee che » vi si accumulano nella mente del folle è sempre o *triste* o » *gajo*. Essendo triste prende allora il nome di *melanconìa*. » Nella *manìa* finalmente si verifica un disordine tumultuario del » potere di associazione, cui seguono impeti furibondi d'istinto or- » ganico e di volizione (1) ». Veniamo ora alle conseguenze legali.

Se negli imbecilli manca il potere di attenzione, ossia la facoltà di trattenere l'intelletto nella contemplazione di una idea già percepita, se per questa ragione sono incapaci di formare dei retti giudizj, se il dolo presuppone la coscienza che l'azione che s'intraprende sia contraria alla legge e perciò il confronto fra l'una e l'altra e il giudizio sulla loro difformità, sarà dimostrato che negl'imbecilli non può cadere il dolo.

Il Puccinotti dopo avere insegnata questa dottrina passa a dire che negli imbecilli può cadere la colpa, purchè l'imbecillità non sia estrema ma si manifesti con qualche principio d'intelligenza, e purchè si tratti di oggetti i cui pericolosi effetti sieno noti a tutti, come il fuoco, un'arma da punta, o da taglio ecc. Questa seconda opinione, se non viene rettamente intesa, può condurre a gravi errori. Che una fattispecie, la quale per ogni altro uomo dotato del pieno uso della ragione

(1) Puccinotti Opera citata lezione XXIII. § 2.

sarebbe dolosa, si consideri nell'imbecille come colposa nel concorso delle due condizioni volute dal Puccinotti, ognuno ne converrà facilmente, considerando che l'imbecille non può avere una esatta cognizione della legge ne' suoi rapporti coll'azione che commette, e riflettendo che la pena correzionale propria del quasi-delitto trova nel caso qui contemplato la sua ragione politica nella convenienza di reprimere nell'imbecille gl'inconsiderati trasporti di nuocere ad altrui. Ma se mai taluno opinasse sull'autorità di quell'illustre Scrittore, che una fattispecie colposa avvenuta nella persona di un imbecille possa esser punibile, s'ingannerebbe a gran partito, e farebbe un manifesto torto all'ingegno di quel rispettabile autore. Perchè si punisce la colpa? Per educare l'intelletto degli uomini onde siano circospetti nello agire, cauti a calcolare avanti d'intraprendere un'azione tutti i possibili effetti, che derivar ne potrebbero a pregiudizio degli altri, e ad astenersi infine da quei fatti, onde può scaturire il danno altrui. La giustizia poi della pena correzionale applicata all'agente colposo deriva dall'aver egli trascurato l'uso della sua facoltà intellettiva. Ora potrebbe mai di buona fede imputarsi questa trascuranza all'imbecille, il cui intelletto è sì limitato che manca di avvedutezza non solo per gli altri, ma anche per se stesso?

Nella demenza sia fissa sia vaga invano si tenterebbe di concepire il dolo o la colpa. Le viziose associazioni d'idee che in questo stato avvengono non solo escludono i retti giudizj, ma ne generano dei falsi, e perciò come ravvisare in essi la *coscienza* di violare la legge accompagnata dalla *libertà* di agire, ossia il dolo? Invano per sostenere l'imputabilità delle azioni commesse dal *monomaniaco* si ricorrerebbe al sutterfugio di dire, che egli tolto da quell'idea su cui si aggira la sua pazzia, mostra nelle altre una rettitudine di raziocinio. Oltrechè per costante esperienza è dimostrato, che l'oggetto della demenza fissa non è sempre il medesimo, e che il passaggio dalla demenza fissa alla vaga è quanto facile altrettanto indiscernibile se non dopo un qualche lasso di tempo, chi potrebbe mai assicurare, che l'azione delittuosa nell'atto che venne

commessa dal monomaniaco non si fosse falsamente associata coll' oggetto della sua demenza fissa, ed in forza di questa associazione non siasi a lui presentata sotto l' aspetto di azione lodevole o permessa? Si conceda pure che di cento azioni del maniaco una o due aver possano il carattere di moralità. Ma qual uomo sarà abile a distinguer queste ultime? Qual uomo non dubiterà d' ingannarsi in questo giudizio? E nell' incertezza dell'esistenza del dolo applicheremo la pena? Non basta. Non temeremo di deturpare la veneranda maestà delle leggi applicando la pena a chi è incapace di conoscerne la giustizia?

Ragioni poco dissimili valgono anche a mostrare l' avventatezza di quella opinione, a cui tanto propendono i fautori dello *stoicismo* in Giurisprudenza, cioè che il demente debba punirsi per quelle azioni criminose, che commise duranti i *lucidi intervalli.* Allorchè si parla di questi, lo stato della questione importa, che il demente sia dopo il delitto ricaduto nello stato di pazzia, perchè se non vi fosse più ricaduto, dovrebbe parlarsi di guarigione anzi di guarigione perfetta, e non di lucido intervallo, il quale presuppone la demenza antecedente e la susseguente. Ora si possono francamente sfidare i sostenitori di quella opinione a dirci quali saranno i *dati sicuri*, dai quali potrà risultare la certezza che l' uomo demente *prima* e *dopo* il delitto si trovò in pieno senno quando commise l' offesa sociale. Forse che la demenza offre segni infallibili per accertarne o la presenza o l' assenza, come potrebbe farsi della ubriachezza, dell' ira, che pur fu detta un breve furore? E nella mancanza di questi segni, chi non sarà repugnante ad abbracciare una dottrina, che espone la Società a pericolo di condannare un innocente, autore meccanico d' un' azione da lui disconosciuta? Non lasciamoci illudere da un falso zelo di comparire rigidi moralisti, anzi se vogliam essere veramente tali rammentiamoci, che non v' è male sì grande, che uguagliar possa l'offesa della Divinità, e che ove siavi probabilità d' incorrervi con un' azione, che può portare l' afflizione di un innocente, la sana morale comanda all' uomo d' astenersi dall' agire. Vedremo poi fra poco un altro ostacolo, che la giustizia frappone al punire l 'uomo ricaduto nella demenza.

Quanto alla colpa, essa non può mai concepirsi in chi ha l'intelletto offuscato o depresso. Resta così esaurita la prima questione, perchè intorno ai maniaci (*furentes*) servono le stesse ragioni esposte pei dementi ad escludere da essi il dolo e la colpa.

2.° Sarebbe follia il sostenere che la demenza non sia una imperfezione da potersi simulare. Le storie di tutti i tempi ce ne offrono degli esempj. Ulisse fra i Greci, Davidde fra gli Ebrei, Giunio Bruto fra i Romani simularono la pazzia, il primo per non distaccarsi dall'amata consorte, il secondo per isfuggire le aspre persecuzioni di Saulle, il terzo per eroico amor della patria. Nulla sì facile adunque quanto che un delinquente simuli la pazzia per evitare la pena dovuta al suo delitto. Il Zacchia Caposcuola della Medicina legale, e nella cui opera apparisce un criterio superiore ai tempi in cui scrisse, ci somministra molti precetti per distinguere la pazzia vera dalla simulata. Consistono essi parte in osservazioni sulla causa, indole e caratteri della malattia, parte in espedienti fisici. Fra i primi è degno di menzione il consiglio di osservare se l'infermo è mosso da giuste cause all'ira, al timore, alla speranza, all'allegrezza, poichè ne' veri pazzi o queste passioni rimangono sopite, o se si manifestano sorgono per lo più senza motivo, o per motivi affatto dissonanti dalla passione suscitata. Tra i secondi è notabile per istranezza l'espediente di quel medico, che ordinò contro un reo sospetto di simulata pazzia la fustigazione, ragionando così: o questi è pazzo, e la fustigazione richiamando gli umori alla cute potrà come rimedio giovargli, o non lo è, e siffatto castigo l'obbligherà ad abbandonare la finzione. Ma per non trattenerci troppo lungamente in un argomento, che non è d'immediata pertinenza del nostro istituto, conchiuderemo coll'osservazione del più volte lodato Puccinotti, che il carattere del finto pazzo è una parte assai difficile a sostenersi, e che perciò all'occhio accorto del Medico-Perito non può sfuggire la simulazione, qualora attentamente osservi il simulante, specialmente in quei momenti in cui questi si crede da niuno osservato.

Noi non parleremo poi della pazzia procurata, perchè seb-

bene il Zacchia ne tratti, riguardiamo però come cosa inconcepibile, che un uomo possa procurare a se stesso avvertitamente uno stato peggiore della morte, qualunque fosse la pena che si proponesse di sfuggire.

3.° Rimane a trattarsi la terza questione. Allorquando sorge il dubbio se un uomo abbia commessa l'azione vietata in istato di mente sana, oppur di furore, è opportunissima a risolvere la disputa la distinzione insegnata dall'esimio Interprete Anton Matteo. *Proleg. Cap. II. N.* 6. O il reo fu per l'innanzi di sana mente, e circa l'epoca del commesso delitto impazzì, e in tal caso la presunzione sarà che abbia commesso il delitto mentre era presente a se stesso: imperciocchè come insegna l'Alciato nel suo trattato *de praesumpt.* ciascuno deve supporsi tale qual' è in natura: ora lo stato naturale dell'uomo è il senno, non la pazzia. Non si dimentichi però che questa è una presunzione, e che la presunzione cede alla verità, e perciò cessa tostochè dai fatti apparisca il contrario. O il reo prima del delitto era affetto da pazzia sia permanente sia interrotta da lucidi intervalli, e in tal caso presumer si deve che commise il delitto in istato di mente alienata, poichè la demenza è un morbo durevole e di difficile guarigione. Analoga in certo qual modo a questa seconda presunzione è la legge 14. *ff. de officio Praesidis*, ove gl' Imperatori Marco e Commodo interpellati sul fatto di un Elio Prisco, che avea trafitta la madre ed era tenuto per demente, vollero s'investigasse se di pazzia continua foss' egli affetto, ovveramente di saltuaria demenza, dato comando al Proconsole di solverlo dal giudizio nel primo caso e di rinnovar nel secondo la consultazione ad essi Cesari, che si riserbarono di provvedere con maturità di consiglio.

Ma ancora un'altra massima è d'uopo aver presente in questa questione, cioè, che quand'anche in pieno senno abbia l'uomo delinquito, se dippoi divenne furioso, non può, finchè la demenza persiste, esser punito; posto il qual principio è evidente che l'uso della prima presunzione superiormente accennata si limita al caso che l'uomo circa il tempo del delitto impazzisca, e dipoi risani. A quattro argomenti ap-

poggiasi questa dottrina, che passiamo ad esporre secondo l'ordine di Anton Matteo.

1.° *L'infelicità del fato*, dice Modestino (1), *scusa il furioso;* e *dallo stesso furore*, altrove soggiunge (2), *viene abbastanza punito*: ragioni entrambe, che concorrono anche in colui che insanì dopo commesso il delitto. Qual'uopo adunque di aggiunger pena a pena, quando la divina giustizia ha colpito il reo colla massima di tutte?

2.° Il fine della pena civile è l'esempio pubblico. Ma la condanna del pazzo susciterebbe la compassione e il ridicolo al tempo stesso, sentimenti atti ad estinguere il salutare terror della pena: dunque la punizione del pazzo si oppone alla politica.

3.° Niuno, cui impossibile sia la propria difesa, può senza ingiustizia condannarsi. Al pazzo non è dato il difendersi: dunque la punizione di esso ripugna alla giustizia.

4.° La politica non deve mai contrariare le viste della Religione: questa prescrive che niuno si dia in braccio alla morte senza concedergli il tempo di disporsi al passo tremendo: dunque la condanna del pazzo all'estremo supplizio ripugna alla Religione.

L'attuale legislazione dichiara » impunibile la violazione » della legge commessa nello stato di pazzia continua o nel » tempo in cui la pazzia saltuaria offuscava l'intelletto dello » agente ». Art. 26. §. 1. del detto Regolamento. Il Codice toscano provvede su questa materia coll'art. 34., di cui già si è riportato il tenore.

§. IV.

Volgiamo ora il discorso ai difetti accidentali, che impediscono l'azione dell'intelletto.

Se i difetti abituali presuppongono una sospensione od uno

(1) Leg. 12. ff. ad leg. Corn. de sicariis.
(2) Leg. 9 ff. ad leg. Pomp. de parricidiis.

sconcerto organico nelle facoltà morali dell'agente, gli accidentali non possono derivare che da un falso modo in lui di percepire gli oggetti esterni. Questi secondi adunque si avranno ogni qualvolta l'agente non conoscerà le relazioni di convenienza o disconvenienza che passano fra l'azione a cui si accinge e la legge; il che avviene o per *ignoranza* o per *errore*.

Secondo i metafisici l'*ignoranza* consiste nella mancanza assoluta d'ogni idea sulla qualità d'un oggetto, l'*errore* nella falsa idea delle qualità stesse, distinzione, che, se può essere utile in Metafisica, non è di alcun uso in Politica, poichè la niuna idea che si abbia di una cosa non può esser motivo impellente ad agire: bensì lo può essere soltanto la falsa idea della cosa stessa; in una parola quei fatti che il volgo chiama commessi per ignoranza, a mirar rettamente hanno tutti origine da un falso giudizio, cioè dall'errore. L'ignoranza assoluta non può verificarsi che nelle ommissioni.

Tanto l'ignoranza poi che l'errore possono considerarsi sotto tre aspetti: 1.° rapporto al loro *oggetto*: 2.° rapporto alla loro *causa*: 3.° rapporto all'*influenza* che esercitano sulla moralità dell'azione. Sotto il primo aspetto l'ignoranza o l'errore dicesi o di *diritto*, o di *fatto*: sotto il secondo ora è *vincibile* ora è *invincibile*: sotto il terzo ora è *accidentale* ora *essenziale*, ovvero secondo il Puffendorfio ora *concomitante* ora *efficace*.

Qual sia l'ignoranza di fatto, e quale quella di diritto, il vocabolo stesso lo indica. Della prima abbiamo un esempio in Edipo, che sposò la madre Giocasta ignorando, che in essa celavasi l'autrice de' giorni suoi: della seconda in Gionata, che ristorossi dalle campali fatiche con poco mele, ignorando la legge proibitiva del suo genitore Saulle. Vincibile dicesi la ignoranza o l'errore che deriva da nostra colpa, cioè ogni volta che mediante l'uso di opportuna diligenza ed attenzione lo si sarebbe da noi potuto evitare: invincibile quell'ignoranza od errore, per sottrarci al quale non avrebbe giovato qualunque nostra circospezione. Finalmente accidentale o concomitante

è quell'errore o ignoranza che versa sopra circostanze, che non mutano la qualità dell'azione, come quella di Muzio Scevola, che credendo di uccidere Porsenna trafisse il Segretario di lui, poichè in ogni modo l'animo di Scevola era preordinato ad un delitto. Viceversa essenziale od efficace è l'ignoranza o l'errore che cade sopra circostanze, le quali se sussistessero nel modo figurato dall'agente, svanirebbe ogni turpitudine dell'azione; della qual cosa ci porge l'esempio l'Epico Mantovano narrando de' Trojani che uccidevano i seguaci di Enea, perchè vedendoli vestiti ed armati alla greca, li riputavano loro nemici: imperciocchè l'azione, che essi si proponevano, era non che lecita, comandata dall'imperiosa circostanza.

L'errore di fatto essenziale ed invincibile esime l'agente da ogni responsabilità penale, poichè quando si mosse ad agire egli si propose un'azione del tutto lecita, nè era in sua facoltà di prevedere il funesto effetto della sua azione. (Con questo principio concorda l'art. 26. §. 2. del Codice Gregoriano e l'art. 34. del Codice toscano citato alla pag. 161.). L'errore accidentale o concomitante lascia in vigore tutta la responsabilità penale, poichè quand'anche la verità delle cose avesse corrisposto all'idea che l'agente erasene formata, sempre sarebbe stato tenuto di un delitto. L'errore di fatto essenziale, ma vincibile non giustifica del tutto lo agente, ma però lo assoggetta alla sola imputazione di *colpa*, poichè il non far uso della debita attenzione per rischiarare il proprio intelletto si risolve in una negligenza. Ed ecco tutte le regole che la Scienza somministra sull'ignoranza o errore di fatto.

L'ignoranza o errore di diritto per regola generale non esime alcuno dalla penale responsabilità, sì perchè i doveri tutelati dalle leggi criminali sono di tal indole, che ogni mediocre intelletto ne sente l'impero, sì perchè è obbligo di ciascun cittadino il conoscere le leggi di pubblica sicurezza dopo che sono state sufficientemente promulgate. Laonde questa specie d'ignoranza non potrebbe riguardarsi che come affettata, e come un mendicato pretesto per palliare il delitto. Ma se si trattasse di ommissioni o di leggiere trasgressioni, in cui ca-

desse il rustico, la donna, l'estraneo, varrebbe forse la stessa regola? In questo caso siccome l'ignoranza della legge è di una *possibilità prossima*, quando altronde dalle circostanze del fatto non rimanga esclusa, essa dovrà ammettersi ad esonerazione della donna, del rustico, dell'estraneo, che l'allegano come scusa delle loro ommissioni o leggiere trasgressioni. Presso alcune nazioni è stabilito un termine di due o tre mesi, perchè l'estraneo possa prender cognizione delle leggi dello Stato in cui dimora, scorso il quale non è più ammessa a di lui favore la scusa dell'ignoranza di una legge qualunque. Non è poi giammai ammessa tale scusa, quando trattasi di quelle leggi, che costituiscono immediatamente il buon ordine e la guarentigia delle Società civili, quali sono le leggi proibitive dell'omicidio, del furto, e degli altri veri e proprj delitti, poichè niuno può presumere che esista una Società civile senza la salvaguardia di tali leggi.

La Gregoriana legislazione contiene le seguenti disposizioni rapporto agli estranei:

» Art. 3.° Il forastiero, che ha dimorato nello Stato per » due mesi continui, o per tre mesi interpolatamente, è sog» getto alle prescrizioni di questo regolamento ».

» 4.° Il forastiero, che non abbia nello Stato la dimora » voluta dalla legge, commettendo un'azione non riguardata » come delitto nel suo paese, è rimesso al Magistrato di Po» lizia ».

» 5.° Commettendo un'azione, che anche nel suo paese sia » riguardata delittuosa, egli è punito colla pena più mite delle due legislazioni ». Regolamento 20 Settembre 1832.

Il Codice toscano assoggetta immediatamente il forastiero alle leggi toscane, quando abbia delinquito nel territorio del Granducato mediante l'art. 3.° §. 1. così concepito: *chiunque sia* o *non sia toscano*, *commette un delitto nel territorio toscano*, *è giudicato secondo le norme del presente codice*.

Sarebbe un erroneo giudizio quello di chi confrontando questa disposizione coll'articolo 3. del Regolamento Gregoriano credesse, aver il toscano Legislatore operato al di là del suo

diritto col soggettare il forastiero senza limitazione di tempo alle sanzioni penali del Codice etrusco. Le Nazioni europee a differenza della Cina e del Giappone accolgono nel loro seno qualunque onesto forastiero, che si presenta munito dal suo Principe di quel foglio, che ne guarentisce la persona. Questo accoglimento, attuazione del principio di universale fratellanza, è una ospitalità che il Governo accogliente presta all'individuo accolto, ospitalità che obliga quest'ultimo ad osservare le leggi del luogo, dove si propone di prendere breve o lunga dimora. È vera ospitalità ella è in tutto il rigor del termine, perchè il Governo accogliente prende l'estero sotto l'egida delle proprie leggi, lo tutela colla propria forza, lo difende contro ogni sopruso contro ogni soperchieria, che si pretenda di praticare a di lui carico. Ed è appunto in forza di questa tutela, che l'uomo pone lieto e sicuro il piede in un suolo, che non è la sua patria, perchè sa di trovarvi la protezione, di cui godeva sotto il suo cielo. Or non sarebbe una mostruosa ingiustizia s'egli si pretendesse sciolto da quelle leggi, di cui invoca il patrocinio col fatto stesso del suo accesso? Ecco come si esprime a questo proposito un Giuspubblicista, a cui gli stessi Gabinetti di Europa non negano una grande autorità in materia del diritto delle genti. — » Ne' paesi dove il forastiere entra liberamente, si presume, che il Sovrano gli dia » accesso sotto la tacita condizione, ch'egli sia sommesso » alle leggi, intendasi, alle leggi generali fatte pel buon ordine e che non si rapportino alla qualità di cittadino o di » suddito dello Stato. La sicurezza pubblica, i diritti della » nazione e del principe esigono necessariamente questa condizione; e lo straniero vi si sommette tacitamente appena » entra nel paese, non potendo egli presumere d'avervi accesso sott'altra condizione. L'impero è il diritto di comandare in *tutto* il paese, e le leggi non si limitano a regolare » la condotta de' cittadini tra essi; esse determinano ciò che » deve essere osservato in tutta la estensione del territorio da » ogni ceto di persone. In virtù di questa sommessione gli stra-

» nieri, che incorrono in un delitto, debbono essere puniti
» secondo le leggi del paese (1) ».

Il toscano Legislatore adunque ha fatto uso del suo diritto sanzionando quanto si contiene nel riportato art. 3.° §. 1.

§. V.

Ci siamo riserbati per ultimo di trattare de' difetti accidentali che sospender possono la funzione della libertà, e non senza ragione, poichè il primo elemento del dolo discende dall'intelletto, il secondo dalla libertà.

Già dicemmo (cap. III. §. 2.) che la libertà di agire viene distrutta tanto dalla *violenza fisica* quanto dalla *violenza morale*: che la prima rende *meccanica* l'azione del violentato; la seconda la rende *coatta*. Notammo (ivi §. 4.) come l'azione coatta non è assolutamente imputabile per l'umano legislatore, e riponemmo l'essenza della medesima nel timore di un male grave, presente ed inevitabile. Con ciò fu nella massima parte preoccupata l'indagine che qui dovremmo istituire. Ma siccome non tutti i Scrittori convengono nell'assegnare i caratteri dell'azione coatta, così sarà pregio dell'opera il porre in disamina le più famigerate opinioni su questo proposito, e vedere quale di esse sia piu opportuna all'uso della scienza.

I Moralisti, e con essi non pochi Criminalisti, si limitarono a dire esser coatta l'azione, quando il timore è tale da poter fare impressione sull'uomo costante. Ma questa espressione non è apodittica, perchè lascia l'animo nella primiera incertezza, restando sempre a vedersi qual sia il timore capace di fare impressione sull'uomo costante. Il Cav. Filangeri avverso alle opinioni troppo comuni e bramoso sempre di trovare la verità negli slanci del suo ingegno propone tre canoni per risolvere ogni questione che potesse insorgere sulle azioni coatte, cioè

» 1.° Tra due o più mali uguali non è mai punibile la
» scelta ».

(1) De Vattel Droit des gens liv. II. Chap. VIII §§. 101. e 102.

» 2.° Tra due o più mali disuguali la scelta del minore » non è punibile, ma la scelta del maggiore lo è, quando non » vi è interesse personale per mezzo ».

» 3.° Tra due o più mali disuguali, il minore de' quali » ferisce l'interesse dell'uomo che a scegliere vien costretto, » la preferenza data al maggior male non può esser punibile » che in un solo caso, quando il male personale che si evita » è molto piccolo, è molto soffribile, e quello che si elegge » è molto grave molto pregiudicievole o a tutto il corpo so- » ciale o ad un altro uomo (1) ».

È agevole il comprendere quanto questo Scrittore altronde rispettabile siasi ingannato nel proporre le suddette teorie. Un ladro penetra di notte in casa altrui per rubare: il padrone lo sorprende ed armata mano gli minaccia la morte: il ladro per salvare la propria vita l'uccide. Ecco una scelta fra due mali uguali: eppure quel ladro divenuto omicida è punibile almeno con pena straordinaria per l'omicidio commesso, poichè se si trovò nell'alternativa di perire o di uccidere, lo fu per un suo fatto turpe e vietato. Dunque il primo canone è erroneo. Tizio vien minacciato dal proprio padre di essere diseredato se non uccide Cajo. Determinandosi all'uccisione non sarebbe secondo il Filangeri punibile, poichè vi fu l'interesse personale di mezzo, e poichè il male a lui minacciato non è molto piccolo, non è molto soffribile: eppure chi oserebbe dire che Tizio in tal caso non fosse punibile? Dunque il terzo canone è falso. Non parlerò poi del secondo, poichè quando non vi è interesse personale di mezzo, non può concepirsi *coazione* di sorta alcuna, s'egli è vero, come non può dubitarsi, che la coazione nasce dalla veemenza, con cui l'amor proprio si sente tratto ad evitare un mal grave ed imminente.

Il Carmignani esige nel timore sei requisiti, perchè l'azione che in forza del medesimo si commette divenga impunibile, cioè che sia *imminente*, *improvviso*, *presente*, *grave*, *ingiu-*

(1) Scienza della Legisl. lib. III. part. III Cap. 37.

sto, *inevitabile* (1). Li spiega poi nel modo seguente. Sarà *imminente* il timore quando l'agente non avrà colla sua azione prevenuto un pericolo ancora lontano. Sarà *improvviso*, allorquando l'agente non avrà aspettato imprudentemente il pericolo, mentre aveva tempo bastante ad evitarlo. Sarà *presente* quando la minaccia non riguarda il tempo futuro, ma è tale che può temersene l'esecuzione nell'atto stesso della incussa coazione. Sarà *grave* quando il mal minacciato sarà maggiore od almeno eguale a quello che apporta l'azione coatta. Sarà *ingiusto* quando l'agente non vi avrà dato causa coll'immischiarsi in cosa illecita. Sarà finalmente *inevitabile* quando l'agente non poteva assolutamente sottrarsi al pericolo minacciato se non commettendo l'azione vietata.

Su questa teorla di così classico autore ci permettiamo due osservazioni suggeriteci dalla sola mira di semplificare il sistema. 1.° Che i tre primi requisiti si potrebbero comprendere sotto il concetto della inevitabilità, e così ridurre i sei estremi a tre, poichè non può dirsi inevitabile quel pericolo che ancora è lontano, nè quello che è stato da noi imprudentemente atteso, nè quello finalmente, che per esser futuro ci dà tempo d'invocare il braccio della legge in nostro soccorso. 2.° Che il carattere della gravezza potrebbe con maggior semplicità di concetto riporsi in quel pericolo, che minaccia o la nostra esistenza, o l'integrità del nostro corpo, o il nostro pudore: in una parola quello per cui ci si minaccia un danno, che di sua natura è sempre e senza eccezione irreparabile (2). Imperciocchè siffatto concetto senza obbligarci a un impossibile aritmetico bilancio fra l'entità di due azioni spesso fra loro differentissime, ci dimostra qual'è quella minaccia, il cui ragionevole timore esercita tale impero sull'uomo da togliergli la libertà di agire.

(1) Elem. jur. crim. §. 170.

(2) Il Carmignani stesso nella sua celebre *teoria delle leggi della sicurezza sociale* Vol. II. pag 259. ha ridotto il concetto della gravezza del timore alla irreparabilità.

La coazione adunque la riporremo ne' tre estremi dedotti dalla teoria del Pisano Professore, estremi, che costituiscono quel *moderamen inculpatae tutelae,* di cui parlano gl' imperatori Diocleziano e Massimiano nella *leg. 1. Cod. lib. 8. tit. 4.* Mancando uno o più dei suddetti estremi l'azione commessa a propria tutela si convertirà in un *eccesso di difesa*, e sarà punibile in ragione diretta di questo eccesso. Meglio in appresso lib. 4. part. 2. tratt. I. cap. I. §. IX.

Avvertasi ancora che la vera e propria coazione escludente il delitto può sorgere eziandio da un cumulo di circostanze avverse senza il concorso dell' altrui violenza, come allorquando taluno costituito in prossimo pericolo di perir di fame o di vederne perire la propria moglie i proprj genitori o i proprj figli, sottraesse ad altrui qualche oggetto di lieve valore specialmente se commestibile, dopo aver tentato invano ogni altro mezzo per aver soccorsi da chi presiede alle pubbliche beneficenze e dai suoi simili (1).

Avvertasi finalmente che si riconosce nella nostra Scienza una specie di coazione impropria, che nasce dal timore riverenziale, ossia dalla soggezione o *domestica*, o *politica*. Chiamasi soggezione domestica quella de' figli verso il padre, dei servi verso il padrone. Politica quella de' sudditi verso il Magistrato. Ma degli effetti di questa coazione parleremo nel Capitolo seguente.

La vigente legislazione dichiara impunibile la violazione della legge, quando fu conseguenza di un' assoluta necessità. Art. 26. §. III. del detto Regolamento. Con questa breve ma esatta espressione abbracciò tanto il caso propriamente detto

(1) Il caso che qui contempliamo è diverso dalla massima fissata alla pag. 89., ove parlammo delle passioni attenuanti il delitto. Ivi si trattava di timore, e generalmente di qualunque azione criminosa commessa in forza di esso: qui della mera e semplice sottrazione di oggetto di lieve valore per mantenere la vita propria, o degli esseri seco noi congiunti co' più stretti e sacri vincoli, preceduta da tentativi per evitare di macchiarsi col delitto.

dell' incolpata tutela, quanto quello della sottrazione testè esemplificata, che anch'esso in ultima analisi all' incolpata tutela riducesi.

Il Codice toscano coll' art. 34. più volte citato ha provveduto anche al caso della coazione, perchè esclude la imputabilità da ogni violazione di legge penale quando nell' agente mancò la *libertà di elezione*.

CAPITOLO VII.

Della correità e complicità nei delitti.

SOMMARIO

§. 1. *Esposizione della materia e principj fondamentali.*

§. 2. *Dell' impulso morale all' altrui delitto, ossia del mandato, consiglio, e comando.*

§. 3. *Dell' impulso fisico-morale all' altrui delitto, ossia dell' ajuto avanti, nel, e dopo il delitto.*

§. 4. *Sanzioni delle legislazioni pontificia e toscana circa i correi ed i complici.*

§. 5. *Se possa darsi complicità costituita da atti negativi.*

§. I.

L' esecuzione di un delitto ora avviene per opera e volontà di un solo: ora per opera e volontà di più persone. Il concorso di più persone in un delitto si verifica, o perchè esso è di tal natura, che presuppone la pluralità degli agenti, come l' adulterio, l' incesto, la congiura, e in tal caso ogni coagente è *delinquente principale*; o perchè è di tal indole, che

sarebbe per un solo delinquente impossibile ad eseguirsi, od almeno di assai difficile esecuzione. Egli è allora, che i malvagi creansi, mediante la colleganza in più, la potenza a vincere gli ostacoli per eseguire il delitto. Così vediamo bene spesso in una offesa sociale esservi concorso oltre il principale esecutore un mandante, un consigliere, un imperante, più ausiliatori e simili. In questa pluralità di agenti la scienza distingue nell' azione criminosa il *delinquente principale* dai *delinquenti accessorj.*

Delinquente principale dicesi *colui*, *il quale intraprende gli atti in cui consiste la consumazione del delitto* (1). Delinquenti accessorj sono quelli in cui si verifica *un' adesione di volontà all' azione del delinquente principale manifestata con atti esterni più o meno influenti nell' esecuzione del delitto.* Fra i delinquenti accessorj in altri ravvisiamo una concorrenza morale nel delitto costituita o dal *mandato*, o dal *consiglio*, o dal *comando*; in altri una concorrenza morale e fisica al tempo stesso costituita dall' *ajuto.* Quest' ajuto può prestarsi o avanti il delitto, o nell' atto di esso, o dopo di esso.

Quando l' ajuto viene prestato nell' atto del delitto, l'azione dell' ausiliatore s' immedesima talmente con quella del delinquente principale che viene a costituire una *correità.* L' ajuto avanti e dopo il delitto, non che il mandato, il consiglio, ed il comando costituiscono la *complicità.* La correità si definisce: *una spontanea concorrenza diretta ed immediata nella consumazione del delitto*: la complicità è *una spontanea concorrenza indiretta e mediata nell' esecuzione dell' azione criminosa.* Questa distinzione, di cui siamo debitori alla profonda dottrina del Cav. Gambari Prof. Bolognese sommamente benemerito della nostra Scienza, giova alle criminali teorie, perchè guida a distinguere l' entità politica dell' impulso o cooperazione prestata da un terzo nell' altrui delitto.

Il danno politico di un delitto, nel quale presero parte più persone, è attribuibile non al solo delinquente principale,

(1) Carmign. Elem. Jur. Crim. §. 209.

ma a tutti quelli, che nell' offesa sociale hanno influito. In ciascun d'essi adunque esiste la responsabilità di risarcirne il danno. D' altronde questo danno sarebbe esso congruamente riparato col punire il solo delinquente principale? No certamente, perchè tutti i coagenti dell' offesa sociale prestandosi, dirò così, scambievolmente fra loro la potenza di delinquere, ne deriva, che limitando la pena ad un solo, crescerebbe talmente negli altri l' audacia di violare la legge, che la Società sarebbe ben presto inondata dai più gravi disordini. Dunque al diritto, che questa ha di difendere la propria esistenza, è inerente il diritto di punire tutti i coagenti dell' offesa sociale.

Ma poichè tutti si debbono punire, dovrà esservi o no una differenza di pena fra loro? Ecco l' importante problema che richiama le nostre meditazioni in questo capitolo, e per la soluzione del quale ci serviranno i seguenti teoremi di giustizia e di prudenza politica.

I. L'adesione che un cittadino mostra all'azione criminosa di un altro non può essere politicamente imputabile se non quando essa abbia influito nell' azione medesima.

II. La pena maggiore riserbata al delinquente principale, facendo disuguale il rischio fra i coagenti di un delitto, rende in parecchi casi più difficile fra essi la concordia e più facile la disunione (1). Giova adunque al fine politico d' impedire le azioni criminose.

III. La responsabilità penale che contrae un cittadino è sempre in proporzione degli atti, che esternamente commette, e quelli che da altri vengono eseguiti non possono a lui imputarsi se non in quanto vi ha influito ed a proporzione dello impulso che egli vi ha dato.

Premessi questi tre principj entriamo in materia·

§. II.

I. Per *mandato* in senso criminale noi intendiamo quell'atto per cui uno commette ad un altro l' esecuzione di un delitto,

(1) Dei delitti e delle pene §. XXXVII.

e questi ne accetta l'incarico; nel qual caso il primo chiamasi *mandante*, il secondo *mandatario*. Oggetto di seria disputa è fra i criminali scrittori la questione se il mandante e il mandatario debbano punirsi con egual pena. Il Renazzi benchè, sempre ligio alle massime di Anton Matteo, abbia opinato per l'eguaglianza della pena adducendone argomenti più proprj dell'oratore che del politico, non ha ommesso di rimarcare che v'è maggior gravezza nell'azione del mandante come quello che è vera causa originaria del misfatto, a cui il mandatario non avrebbe vòlto l'animo senza l'eccitamento di quello. Ma questa opinione ottima in morale non è di alcun uso per la politica, il cui magistero non è di espiazione, ma di riparazione difensiva. All'opposto il Carmignani ritiene più gravemente punibile il mandatario del mandante per la ragione che questi vuole soltanto il delitto, quegli lo vuole e lo eseguisce (1); argomento tratto dalle regole del Conato. Ma meglio di tutti sciolse la questione il Beccaria, il quale con quel suo profondo principio che la pena maggiore serbata all'esecutor del delitto sparge la diffidenza e la disunione fra i complici, ci ha luminosamente mostrata la ragione politica per cui il mandatario deve punirsi più del mandante, e ciò semprechè al mandatario non sia stato promesso un premio, nel qual caso la pena deve essere uguale. Non si turbino a questo insegnamento i troppo ligj delle antiche dottrine, ma piuttosto, postergate le preconcette opinioni, scendano seco noi a ragionar freddamente sull'argomento. Incominciando dal mandato gratuito si ponderi bene entro quali confini si racchiude l'azione morale estrinseca del mandante, e fin dove si spinge quella del mandatario. Il primo esterna il desiderio del delitto, ma non ha il coraggio di porvi mano egli stesso: il secondo lo eseguisce, ed affronta tutti gli ostacoli che il perfezionamento di esso presenta. L'influenza dell'azione del primo su quella del secondo non è mai sì certa da poter dire che non si sarebbe senza la prima verificato il delitto. Imperciocchè,

(1) Elem. Jur. Crim. §. 214.

tranne il caso che un parente od amico s'induca precipitosamente a vendicare l'oltraggio fatto al parente od amico pel dolor morale che egli stesso sente nel veder offeso un Essere, che gli è caro (fattispecie, che va a confondersi colla provocazione o almeno coll'impeto dell'ira), è quasi inconcepibile che un uomo s'induca gratuitamente a rendersi delinquente in grazia altrui, e se ciò in apparenza avviene, deve esistere un motivo occulto e tutto proprio del mandatario che ad agire lo spinse. Di poco peso è ciò che alcuni spacciano cioè che senza i mandanti non vi sarebbero i mandatarj; mentre invece con maggior criterio politico deve dirsi (parlando sempre di mandato gratuito), che senza i mandatarj o non vi sarebbero i mandanti o i loro criminosi desiderj rimarrebbero impotenti. I primi senza il braccio altrui non violerebbero mai la legge: i secondi dimostrano d'esser pronti a turbar l'ordine sociale ogniqualvolta ne venga loro il talento. Posti questi riflessi una legge, la quale punisca più il mandatario che il mandante, oltre che presenta il carattere di politica giustizia, sarà ottima per prevenire l'esecuzione dei delitti per altrui mezzo. Imperciocchè se il mandatario gratuito avrà un motivo tutto suo proprio per eseguire il delitto, la maggior pena a lui serbata servirà a comprimere la di lui spinta criminosa e a rattenerlo dal delinquere: se non l'avrà, abborrirà dall'idea di esporsi ad un maggior rischio di colui, in grazia del quale ei delinque.

Volgiamo ora lo sguardo al mandato prezzolato, ossia alla locazione dell'opera *ad scelus*. Questa turpe locazione importa una freddezza di calcolo, e presuppone nel mandante molto dippiù del semplice desiderio del delitto. Egli sceglie per lo più per mandatario alcuno di quel ceto d'uomini, cui la miseria sì spesso spinge al delitto: ei ne seduce l'immaginazione colla vista dell'oro: egli abusa dell'imperioso impulso del bisogno per trarlo al delitto. Si dovrebbe in senso morale punir più lui che il mandatario, se non sottentrasse il principio politico a farci ravvisare il sommo pericolo di una tale distribuzione di pene, che renderebbe più facile la seduzione opera-

bile dal ricco malvagio sul non depravato indigente. Ferma pertanto in questo caso la pena del mandatario, quella del mandante ascenderà allo stesso livello. La qual cosa è anche analoga alla teoria della spinta criminosa, poichè, se nel locatore dell' opera *ad scelus* è maggiore l'audacia, nel conduttore di essa è maggiore la speranza dell' impunità, e questi due estremi della spinta si bilanciano. Il desiderio poi del frutto del delitto se è veemente nel mandatario per la sete dell'oro, non lo è meno nel mandante pel diretto interesse che lo anima a far compiere il delitto.

Tali sono i principj del diritto costituendo intorno alla pena del mandante e del mandatario. Dai quali facendo passaggio alle disposizioni del Diritto comune troviamo scritte le seguenti leggi. » Si mandato meo facta sit alicui injuria, plerique ajunt tam me qui mandavi, quam eum qui fecit, injuriarum teneri » *leg. 1. ff. de injuriis.* » Dejecisse etiam is » videtur qui mandavit, vel jussit, ut aliquis dejiceretur » *leg. 1. §. 12. ff. de vi et vi arm.* » Fecisse autem dolo malo non » tantum is putatur, qui suis manibus, vel per suos retinue- » rit, verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent » *leg. 1. ff. de eo per quem factum erit quominus quis in judicio sistat.* » Non minus crimine ... tenetur is qui in justam » accusationem incidit, quia dicit alium se hujusmodi facti » mandatorem habuisse. Namque hoc casu praeter principalem » reum, mandatorem quoque ex sua persona conveniri posse, » ignotum non est » *leg. 5. Cod. de accusat.* » Hac lege te- » netur, qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis ver- » beraretur, pulsaretur; neque homo occisus erit...... nec » minus hi qui convocati sunt eadem lege tenentur » *leg. 2. et 3. ff. ad legem Juliam de vi privata.* » Hoc vero edicto » tenetur et qui tollit quamvis non corruperit: item qui suis » manibus facit et qui alii mandat. » *Leg. 7. §. 5. ff. de jurisdict.* A questi testi citati dall' Anton Matteo si debbono aggiungere 1.° la legge 15. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.* non tanto per la sua prima parte ove si legge — *nihil interest oc-*

cidat quis, *an causam mortis praebeat* (1), quanto per la seconda che consiste in un versicolo greco (omesso in alcune edizioni delle pandette) la cui traduzione è questa = *mandator caedis pro homicida habetur*: 2.ª il testo di Paulo nelle sue sentenze lib. V. tit. 23. §. 5. ove commentando la detta legge *Cornelia* così si esprime: *mandatores caedis perinde ut homicidae puniuntur*.

La maggior parte degli interpreti, non escluso l'Anton Matteo, appoggiati alle prime sei leggi, senza indagar più oltre, hanno opinato che fosse indistintamente massima del diritto romano il punire egualmente il mandante e il mandatario. Il Carmignani nell'acutezza del suo ingegno ha osservato 1.° che i Romani conobbero molti delitti privati e giudicarono delle obbligazioni nascenti da essi colle regole del diritto privato: 2.ª che il delitto o publico o privato che sia trae seco oltre l'imputazione e la pena, materie di diritto publico, anche l'obbligazione di riparare il danno, materia di esclusiva competenza del diritto privato, ai termini del quale il mandante è tenuto già pel solo fatto del conferito mandato; perlochè ha conchiuso che molti di quei testi che addurre si sogliono su questo argomento sono forse riferibili o ai delitti privati o alle civili conseguenze del mandato anche ne' più gravi delitti (2). Il criterio suggerito da questo grande Scrittore può essere di scorta a trovare il vero senso delle precitate leggi, le quali per verità non provano, che fosse perpetua massima del Diritto romano di punire il mandante con pena eguale a quella del mandatario, mentre ciò era proprio soltanto della legge

(1) Così mi esprimo, poichè son d'avviso che quelle parole *mortis caussam praebeat* si riferiscano, piuttostochè al mandato, a tutti quei mezzi morali, per cui senza l'opera materiale si cagiona ingiustamente la morte altrui, come per esempio la falsa testimonianza, la condanna di un innocente dolosamente pronunciata ecc. Difatti se la prima parte della legge avesse contemplato il caso del mandante, non vi sarebbe stato bisogno della seconda.

(2) *Teoria delle leggi della sicurezza sociale Vol.* 2. *pag.* 372. *e* 373.

Cornelia de sicariis. E per verità la prima riguarda l'azione d'ingiuria, che è totalmente privata: la seconda è riferibile all'interdetto pretorio, con cui si soccorreva a colui che era stato violentemente scacciato dal fondo o dall'edificio di cui era in possesso, rimedio giuridico proprio del diritto civile: la terza contempla il caso di chi impedisce al reo convenuto di comparire in giudizio, per la quale violenza nasceva l'azione *in factum* a favor dell'attore perchè gli fosse prestato il *quanti interest* derivato dalla non comparsa del reo in giudizio; il perchè siamo in argomento di rimedio simile a quello dell'antecedente legge: nella quarta le parole *mandatorem ex sua persona conveniri posse* alludono alle conseguenze civili del delitto; il contesto poi della intiera legge è diretto a fissare il principio che niuno può liberarsi dall'azione criminale col pretesto di avere avuto un mandante: nella quinta si fissa la massima esser tenuto di violenza privata chi convoca più persone per far iscacciare o percuotere un terzo, lo che è assai più d'un nudo e semplice mandato, che non eccede il confine della parola: la sesta è riferibile all'azione popolare *de albo corrupto*, per la quale il corruttore era condannato alla multa di 500. aurei, che applicavasi a favore di chi proponeva l'azione; ove trattandosi di una multa nulla ripugnava che ne fosse tenuto il mandante in solido col mandatario. Venendo dopo ciò al frammento della citata legge *Cornelia*, e all'insegnamento di Paulo, che al medesimo soggetto si riferisce, essi parificano per verità la pena del mandante a quella del mandatario. Ma una legge sorta in tempi torbidi e procellosi per la romana repubblica, una legge che puniva il conato di omicidio come delitto consumato, non è meraviglia, che si armasse di rigore contro i mandanti di siffatto delitto, sì perchè i tempi eccezionali consigliano eccezionali misure, sì perchè una volta che la legge aveva adottata la esposta massima circa il conato, sarebbe stata seco stessa incoerente, se avesse statuita pel mandante una pena minore di quella del mandatario, attesa la stretta analogia che hanno fra loro i principj dello attentato e quelli della complicità.

Sorgono varie dispute su questa materia del mandato, che non dobbiamo ommettere. Cercasi 1.° se il mandante sia tenuto del delitto più grave che il mandatario eccedendo i confini del mandato venisse a commettere. Questa questione soleva dai criminali scrittori risolversi distinguendo se l'eccesso del mandatario era prevedibile o no dal mandante, e concliiudendo che nel primo caso questi era tenuto anche dell'eccesso, nel secondo del solo delitto mandato. Restava però sempre dubbio quali fossero gli eccessi prevedibili dal mandante e quali no. Il Carmignani tolse la difficoltà coll'osservare che l'eccesso del mandatario si aggira o intorno ai *mezzi* o intorno al *fine*, e che siccome fra i mezzi ed il fine vi è una strettissima connessione, così la sostituzione di un mezzo più nocivo ad uno meno nocivo apporta una differenza ed eccesso nel fine che non può prevedersi dal mandante, e del quale in conseguenza non è questi tenuto. L'opposto ha luogo allorchè l'eccesso non è che nel fine, perocchè allora è prevedibile dal mandante; caso esemplificato in colui che incaricato di ferire soltanto e non uccidere spinse il ferro per tal modo che cagionò l'omicidio. In questo caso tanto il rigoroso Diritto, quanto la politica prudenza vogliono, che il mandante sia tenuto del delitto susseguito: lo vuole il rigoroso Diritto perchè allorquando uno agisce con dolo *di proposito*, è secondo ragione che la sua responsabilità penale si estenda a tutte quelle conseguenze che giusta il consueto ordine delle cose derivarono dalla sua azione in guisa da essere state dal suo intelletto indubbiamente prevedibili: lo vuole la prudenza politica, poichè se a colui che ha il suddetto dolo s'ammettesse la scusa che non previde tutte quelle conseguenze della sua azione che erano di facile preveggenza, molti veri delitti si coprirebbero col manto della colpa e sfuggirebbero quella penale sanzione che la legge ha statuito appunto per prevenirli (1).

(1) Cremani lib. 2. cap. V. Art. IV. §. VIII. De-Simoni dei delitti di mero affetto part. 1. cap XI. §. XI. Cap. XIV. §. VIII. part. 2 cap. V. § IV. Carmignani *Elem jur. crim.* §. 165.

Forse alcuno crederà che questa distinzione dei mezzi e del fine sia in opposizione ai principj professati dal Romagnosi, poichè in verità nei §§. 598. e seguenti della sua *Genesi* sembra a primo aspetto determinata indistintamente la massima che tutti gli eccessi del mandatario siano politicamente imputabili al mandante. Ma per convincersi che non fu intenzione di quello Scrittore lo stabilire questo principio in un modo *tanto assoluto*, non si ha che a leggere il carteggio tenuto su questo argomento dal medesimo coll' illustre *Giovanni Valeri* già Professore di Diritto Criminale in Siena, di cui l'Italia ebbe troppo presto a deplorare la perdita (1). Ivi il Romagnosi dichiara qual fosse la sua opinione su questo argomento coi seguenti canoni.

» Dato il mandato di percuotere in genere senza l' indicazione dell' istromento, se il mandatario adopera armi micidiali, il mandante non è tenuto dell' omicidio che seguisse: se poi usa de' mezzi soliti a percuotere ed uccide, nel mentre poteva prevedersi l' uccisione nell'eccessivo uso di questi mezzi, in questo caso anche il mandante dev' essere responsabile ».

» Dato il mandato di percuotere con bastone, sasso o altro simile istromento, se l' omicidio avviene perchè il mandatario fece un uso eccessivo di quello, il mandante è tenuto, poichè un simile evento era da lui prevedibile ».

Deve però a nostro credere eccettuarsi il caso, in cui il mandante abbia espressamente inibito di percuotere le parti più nobili del corpo, e ciò siasi invece praticato dal mandatario, lo che è analogo alla ragione ed a quanto avverte il Romagnosi medesimo nel citato §. 598.

» Dato il mandato di percuotere, se l'omicidio segue perchè l' aggredito si pose sulle difese e nacque una zuffa, il

(1) Questo carteggio è riportato nei *documenti illustrativi* annessi alla sesta edizione della *Genesi del diritto penale*, documenti, che furono somministrati dallo stesso Romagnosi.

» mandante è responsabile dell' omicidio, poichè la prevedibilità
» di questo caso è ancor maggiore di quella dell'antecedente ».

Chi ben riflette a questi tre canoni di giurisprudenza vedrà che non ripugnano alla distinzione de' mezzi e del fine, ma anzi vi coincidono. Nel primo caso vi è un eccesso nei mezzi, perchè il mandato di percuotere in genere racchiude implicitamente l' ordine di far uso d' istrumenti destinati a percuotere, e non di quelli destinati ad uccidere. Nel secondo e nel terzo v' è l' eccesso nel fine, e questo eccesso è troppo inerente alla natura delle cose, perchè possa ammettersi a favore del mandante l' affettata scusa della non prevedibilità.

Insomma la distinzione del Carmignani è sempre di ottimo uso per la Scienza e per la pratica.

Non si limita poi il Pisano Professore a questa distinzione, ma un' altra ne propone per discernere i gradi della responsabilità del mandante negli eccessi del mandatario. Osserva egli, che l' eccesso ora è volontario, ora colposo, ora necessario, ora casuale. Opina quindi esser massima la responsabilità del mandante nei due ultimi casi, media nel secondo, minima nel primo. La distinzione è ingegnosa e degna di quel grande Scrittore, ma l' applicazione che ne fa parmi in qualche parte censurabile. Io convengo, che un eccesso espressamente voluto dal mandatario è meno imputabile al mandante di un eccesso colposo e necessario, perchè questi dovendo presumere che il mandatario non abbia un interesse proprio di far maggior male di quello impostogli da esso mandante, non può facilmente prevedere che per ferocia o brutalità ecceda, laddove l' eccesso colposo che sta nell' ordine delle cose ed il necessario che vi sta ancor più, perchè ogni assalito cerca difendersi, sono molto più prevedibili dal mandante. Ma che per l' eccesso casuale sia in grado massimo responsabile il mandante, non credo si possa tranquillamente accordare. Si rifletta che il caso è *quem nullum potest praevidere humanum consilium* (1), si rifletta che se un eccesso casuale non è pre-

(1) Renazzi Elem. Jur. Crim. lib. 1. cap. 6 §. V.

vedibile dal mandatario, molto meno lo è dal mandante, e si vedrà che all'eccesso casuale è applicabile quella massima del Romagnosi che *il caso fortuito è scusa al delitto quando opera per eccesso* (Genesi del Diritto penale §. 766.).

2.° Se il mandante revocò il mandato, ed il mandatario nondimeno volle dopo siffatta revoca eseguire il delitto, qual pena competerà al primo? Parrebbe a primo aspetto che il mandante colla sua revoca cessasse di esser causa morale del delitto e venisse perciò a spogliarsi di ogni responsabilità penale. Ma prima di azzardare questa risoluzione è d'uopo distinguere se fra la dazione e la revoca del mandato era trascorso il tempo necessario per eseguire il delitto o no. Nel primo caso la revoca può supporsi affettata ed eseguita solo per deludere la legge penale: essa adunque non dovrebbe giovare al mandante, ma per la convenienza politica di favorir sempre ne' delitti il pentimento, ed avuto in vista il riflesso che la revoca del mandato a delitto non commesso è assai probabile che generalmente valga ad impedirlo, sembra opportuno di accordare in questo caso al mandante la diminuzione di qualche grado di pena. Diciamo *qualche* grado, e non *tutta* la pena, perchè quando anche la revoca fosse stata fatta di buona fede, il mandante sempre si sarebbe trovato in una fattispecie affine a quella di colui, che a sangue freddo scoccò il dardo contro il suo nemico, ma per casualità non l'offese. Nel secondo caso poi la revoca del mandato fa somigliare l'azione del mandante ad un Conato sospeso per causa volontaria. Nel Capitolo V. ponemmo la massima che il Conato sospeso per causa volontaria, quando non ha recato alcun danno immediato, non dà luogo che alle misure proprie del Magistero di polizia. Nell'attuale fattispecie il danno sarebbe derivato, ma tutto per opera e volontà del mandatario, e d'altra parte il mandante non si trovò mai nel pericolo di vedere per l'impulso di sua volontà trafitta la vittima. Come risolveremo adunque la questione? Noi diremo, che siccome la revoca del mandato, fatta a delitto non eseguito e quando neppur era trascorso il tempo necessario per eseguirlo, è un atto, pel quale non solo

svanisce ogni influenza del mandato sull' azione del mandatario, ma può dirsi che tale influenza non abbia mai efficacemente esistito, deve necessariamente la revoca stessa esonerare il mandante da ogni responsabilità, purchè sia limpidamente provata.

3.° Se il mandante non revocò il mandato, ma il mandatario preso da pentimento non lo eseguì, il ravvedimento di questo gioverà per attenuare la pena al mandante? Se fosse lecito fermarsi al riflesso che il ravvedimento del mandatario non può attribuirsi a merito del mandante, converrebbe rispondere colla negativa. Ma è questa forse la sola considerazione che deve avere il politico? Quando il mandato non fu eseguito, abbiamo noi forse il perfetto titolo del delitto da imputare al mandante? E potremmo noi con giustizia imputargli un delitto non seguito? Certo che qualora una legislazione considerasse il mandato criminoso come un delitto isolato e separato dall' azione delittuosa che viene mandata, e punisse il mandante in ragione del primo indipendentemente dalla seconda, cosicchè la maggior pena riserbata al mandatario che fu esecutor del delitto non riverberasse mai sopra il mandante, sarebbe allora conciliabile colla giustizia che questi non sentisse vantaggio dal pentimento di quello. Ma una tale legislazione urterebbe i principj del gran sistema della *prevenzione*. Richiede la publica sicurezza che il mandante abbia fino all' ultimo istante un interesse che non si perfezioni il delitto. Quindi per qualunque causa quello non compiasi deve risentirne vantaggio nella pena anche il mandante (1). In quanto poi al mandatario ravvedutosi, ha luogo la regola del Conato sospeso per causa volontaria.

II. Se col mandato si può essere causa morale dell' altrui delitto, molto più si può esserlo col comando. Il comando presuppone un' autorità di chi comanda su quello che ubbidisce nata o dai rapporti di famiglia, o dai rapporti politici emergenti dallo stato di civile aggregazione. Dai primi sorge l'au-

(1) De-Simoni dei delitti di mero affetto. Part. II. Cap. V. § III.

torità del padre sui figli, del marito sulla moglie, del padrone sui servi: dai secondi quella del Magistrato sui subalterni. Per questo modo noi veniamo a distinguere l'autorità. Altri, alla cui testa è il Carmignani, distinguono la soggezione, la quale è correlativa a quella, dividendola del pari in domestica e politica.

L'autorità domestica produce un timore riverenziale, che sembra rendere in qualche modo coatta l'azione di chi alla domestica autorità ubbidisce, ed ecco perchè nel cap. VI. l'appellammo *coazione impropria*. Ma questo timore riverenziale sarà esso di tale efficacia da rendere immune da ogni pena chi per ubbidire commette un delitto? Perchè nascesse quest'effetto converrebbe o che il timore riverenziale togliesse del tutto la libertà di elezione, o che i rapporti fra superiore ed inferiore fossero tali che per legge assoluta dovesse quest'ultimo sempre ubbidire senza permettersi alcuna indagine sul fatto comandato. Alla prima ipotesi ripugnano la logica e la esperienza: alla seconda la morale e la religione. Qui fa molto a proposito l'ingegnosa distinzione di Antonio Matteo, che osserva aggirarsi il comando o intorno a cose lecite o indifferenti o turpi. Nelle lecite e indifferenti dobbiamo ubbidire a chi ha su di noi autorità. Nelle turpi giammai (1). Ma se per una conseguenza di questi principj colui che ubbidisce in una cosa turpe, come sono i delitti, non deve andare immune da responsabilità penale, non ne discende però che la di lui pena debba essere eguale a quella dell'imperante. La legge politica, la cui perpetua massima dev'esser quella di circoscrivere entro i limiti della giustizia gli ostacoli che oppone ai delitti, deve bensì punire chi per ubbidire delinque, ma deve pure avere un riguardo alla minore spinta criminosa che in questo concorre per attenuargli la pena. Se adunque noi consultiamo

(1) Vi sono alcuni Moralisti, i quali insegnano, che non si dà alcuna azione morale indifferente, lo che probabilmente è vero. Qui però si parla di quelle azioni, che sembrano indifferenti alla persona, a cui si comanda; e perciò regge sempre il principio dell'Anton Matteo.

i principj del Diritto costituendo su questa materia, essi ci suggeriscono che chi per ubbidire delinque deve esser punito con una qualche mitigazione di pena, e che questa mitigazione deve essere in ragione diretta dell'autorità di chi comanda, e del male che l'esecutor del delitto può temere disubbidendo, e in ragione inversa dell'atrocità del delitto comandato.

E questi sembranmi i veri canoni indicanti le norme di punire i delitti comandati dall'autorità domestica. In quanto all'autorità politica un'altra distinzione parmi molto opportuna. O l'azione delittuosa comandata dal Magistrato è compresa ne' confini de' suoi attributi e viene da lui ingiunta a chi è destinato dalla legge ad ubbidire ai suoi ordini, e in questo caso la responsabilità penale risiede tutta in chi comanda e n'è scevro affatto chi ubbidisce, perchè questi non può nè deve istituire un sindacato sui comandi del suo superiore racchiusi nella competenza delle di lui attribuzioni. O viceversa l'azione comandata eccede i limiti dell'officio del Magistrato, e allora n'è tenuto anche chi obbedisce, ma per ragione di naturale equità dovrà accordarglisi una diminuzione di pena maggiore o minore secondo la entità del delitto. Un esempio del primo caso si avrebbe quando un Magistrato comandasse ai Littori l'arresto di un cittadino non indiziato di alcun delitto: un esempio del secondo quando imponesse loro di rubare o di rivolgere le armi contro il Principe.

E che tali principj analoghi siano al Diritto politico-naturale vieppiù ce ne persuade il vedere la loro conformità colle sanzioni del Diritto romano. È celebre la legge 157. Dig. *de regulis juris* così espressa » Ad ea, quae non habent atroci- » tatem facinoris, ignoscitur servis, sive dominis, sive iis qui » vice dominorum sunt, veluti tutoribus, et curatoribus, obtem- » peraverint ». Legge giustissima per quei tempi in cui vigeva la schiavitù, e che in oggi dovrebbe elevarsi a qualche maggior rigore pe' nostri servi non cotanto soggetti alla padronale autorità, per cui d'ogni delitto loro comandato esser dovrebbero responsabili (salva sempre la diminuzione di pena),

escluse soltanto le mere contravvenzioni di polizia. Notabili sono pure la leg. 8. Cod. ad leg. Jul. *de vi publica etc.*, e la leg. 2.ª Cod. de *sepulcro violato*, nella prima delle quali la pena della violenza praticata dai servi, cioè l'estremo supplizio, viene limitata ai metalli quando agirono per comando de' padroni, e nella seconda la demolizione de' sepolcri, delitto punibile colla condanna ne' metalli, dichiarasi espiabile colla sola relegazione se il servo l'abbia per comando del padrone eseguita. In quanto ai figli è notabile la leg. 4. Dig. *de re milit.*, ove il padre che sottrae il figlio alla milizia in tempo di guerra vien punito coll'esilio e colla perdita di una parte de' beni, mentre il figlio non incorre altro castigo che la destinazione a deteriore milizia. In quanto agli operanti per comando del Magistrato troviamo nella leg. 167. Dig. *de regulis juris*: *qui jussu Judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habuit.* Massima la quale è rigorosamente vera, quando nell'azione concorrono i due requisiti da noi testè accennati (1).

Nè ai principj fin qui esposti voglia alcuno opporre la leg. 4. Dig. de *regulis juris*: *velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini*, e la leg. 169. Dig. eodem: *is damnum dat qui jubet damnum dare: ejus vero nulla culpa est cui parere necesse sit*, per accagionare di antinomia le leggi romane, quasi che questi due testi in contraddizione alle precedenti leggi statuiscano la massima generale di mandare immuni dalla pena i figli e servi delinquenti per comando del rispettivo padre o padrone. Tre osservazioni in contrario si possono fare. La prima che la legge *is damnum* riguarda l'azione civile per la riparazione dei danni: la seconda che quell'espressione *parere necesse habet* presuppone una coazione tale a cui non si possa resistere, e in tal caso non v'ha dubbio che

(1) Il caso della moglie delinquente per comando del marito non è contemplato nelle leggi romane. Noi ripuliamo, che debba estimarsi circostanza, che attenui il delitto della moglie, l'aver essa violata la legge per comando del conjuge.

svanisce nella persona coatta ogni delitto: (De-Simoni dei delitti di mero affetto part. II. cap. V. §§. IX. e X.) la terza che l'interpretazione di queste due leggi deve conciliarsi con quanto insegna il G. C. Alfeno nella leg. 20. ff. de *oblig. et act.*, cioè che il servo non in tutte le cose va immune da pena pel comando avuto dal padrone, cioè nei delitti gravi no, ma sì veramente ne' leggieri (1), e perciò sì l'uno che l'altro testo debbono intendersi dei secondi, non già dei primi.

III. Il consiglio che altrui si dà di delinquere fu sempre argomento di seria disputa fra i Giureconsulti, per risolvere se obbligasse alla pena del delitto consigliato. Il consiglio generalmente parlando è *quell' atto, per mezzo del quale l' uomo soccorrendo alla dubbiezza del suo simile lo rende partecipe del tesoro della sua prudenza, additandogli il modo di condursi più conforme alla onestà, alla prudenza e così al vero bene di lui.* Ed in questo senso saviamente disse Anton Matteo che il consiglio è cosa sacra, e che ad un Dio terreno può paragonarsi chi altrui consiglia. Quando adunque si consiglia alcuno a mal fare, si fa un turpe abuso di una santa cosa, e propriamente parlando non si consiglia, ma si tradisce il consigliato, non potendo mai il peccare esser conforme alla felicità del peccante. E ciò basterebbe in morale a dimostrare che chi consiglia il delitto si macchia di delitto egli stesso.

Ma la politica si regge con altri principj. Non tutto ciò che è male essa punisce, ma ciò che turba o pone a pericolo la sicurezza publica (cap. I. §. VI.). Essa adunque ricerca nel consiglio l'influenza che potè avere nell'azione del consigliato, e qui appunto comincia la perplessità sì nel Diritto costituito, che nel costituendo. Ma prima di entrare nella disputa, due principj è d'uopo premettere. 1.° Che il consiglio

(1) Così interpetra il Pothier l'espressione di Alfeno che vuole punito il servo *in maleficiis*, e non *si aliqua rixa ex litibus et contentione nata esset, aut aliqua vis juris retinendi causa facta esset.* Pothier ad Pand. lib. 44. tit. VII. num. XXII.

a differenza del mandato ridonda in vantaggio di chi lo riceve e non di chi lo dà. 2.° Che l'influenza del consiglio nell'azione del consigliato, non essendo mai così certa quanto è quella del mandato, ne viene che il consigliante allora comincia ad essere reo in faccia all'umana giustizia quando incomincia ad esserlo il consigliato (1).

Le leggi romane su questa materia sembrano offrire in più luoghi un'antinomia. Alcune di esse porterebbero a credere che sia massima di questa legislazione il riguardare qualunque consiglio per influente nel delitto e come tale punirlo. Esse sono le seguenti — Incidit in hoc Senatus-consultum et qui « accusatorem submittit, aut instigat, aut qui mandat alicui « et instruit eum ad accusationem capitalem, dando proba- » tiones, allegando accusationes — Marcianus in leg. 1. §. *incidit. Dig. ad S. C. Turpilianum* — Haec verba legis: *ne » quis posthac stuprum, adulterium facito sciens dolo malo* » et ad eum qui suasit, et ad eum qui stuprum vel adulterium » intulit, pertinent — Ulpianus in leg. 12. *Dig. ad leg. Jul. de adult.* — Et verius est etiamsi malo (servo) monstravit » in quem modum delinqueret, teneri eum: immo etsi erat » servus omnimodo fugiturus, vel furtum facturus, hic vero » laudator hujus propositi extitit, tenetur. Non enim oportet » laudando augeri malitiam. Sive ergo bonum servum fecerit » malum, sive malum fecerit deteriorem, corrupisse videtur — Idem in leg. 1. §. 4. *Dig. de serv. corr.* — Si alius servo » fugam persuaserit, ut ab alio surripiatur, furto tenebitur is » qui persuasit, quasi ope consilio ejus furtum factum sit. » Plus Pomponius scripsit, eum qui persuasit, quamvis inte- » rim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum » quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio » ejus furtum factum — Idem in leg. 36. *Dig. de furtis.* Altre viceversa sembrano stabilire che il nudo consiglio a delinquere disgiunto da ogni sorta di ajuto almeno istruttivo non faccia

(1) Ulpiano in leg. 36. Dig de furtis. Idem in leg. 52. §. 19. Dig. eodem. Nani ad Matth. Proleg. cap. 1. Nota 5.

contrarre la complicità del delitto consigliato. Fra queste sono notabili le tre seguenti. La prima è la 50. *Dig. de furtis*, ove Ulpiano dice — Consilium dare videtur qui persuadet, et im» pellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum —. La seconda è la 20. *Dig. de his, qui not. infamia*, ove Papiniano riferendo la formola usata da un Preside nel decidere una criminale controversia in questi termini — Callido commento videris accusationis instigator fuisse —, avverte che con tal formola *pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari*, ossia non viene l'accusatore sottoposto alla pena d'infamia propria del calunniatore e adduce la ragione: *non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur*. La terza è di Giustiniano nel lib. IV. tit. 1. §. *interdum 11*. Inst. — Certe qui nul» lam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consi» lium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non » tenetur furti. — Antonio Matteo tratto sempre dal suo zelo per lo ben publico a contrastar le opinioni a suo credere troppo miti, insegnò doversi stare alle quattro leggi prima enunciate, e s'adoprò con ingegno per rispondere alle tre susseguenti. Disse in quanto alla prima che la sentenza di Ulpiano quantunque nel suo contesto apparisca congiunta, pure deve prendersi disgiuntamente, tratto argomento dalla leg. 53. Dig. *de verbor. signif.* (1). Disse in quanto alla seconda aver Papiniano inteso parlare di quello che per interposta persona istigò l'accusatore alla falsa accusa, il quale giusta l'opinione dello stesso Papiniano riferita da Marciano nella *leg. 1. §. 13. Dig. ad S. C. Turpil.* non cade sotto la sanzione di questo Senato-consulto se si riguardi il letterale contesto del medesimo, vi cade se ne si osservi il senso e lo spirito. Disse in quanto alla terza che la sentenza di Giustiniano che non sia tenuto di furto quegli, il quale unicamente esortò altri a com-

(1) Ecco le parole del principio di questa legge a cui allude l'Anton Matteo — *Saepe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, et disjuncta pro conjunctis, interdum soluta pro separatis.*

metterlo, deve intendersi sotto la condizione che il furto non sia seguito, mentre, qualora questo delitto avvenisse, il consigliere è tenuto. Fin qui l'Antonio Matteo, i cui argomenti saranno fra poco da noi pesati.

Ad altri piacque risolvere la disputa con una distinzione, cioè limitando la responsabilita del consigliere al caso in cui senza il consiglio il reo principale non avrebbe commesso il delitto; e questa fu opinione comune fra i Dottori. Dedussero essi il fondamento di questa distinzione dalla leg. 11. §. 6. Dig. *de injuriis* così espressa — Atilicinus autem ait, et si » persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad injuriam facien» dam obediret, posse injuriarum mecum agi. — Ma Accursio pretese correggere la lezione del testo facendogli dire *maxime alias nolenti*, e questa correzione fu abbracciata dallo Anton Matteo. Parmi però che finchè si fa dipendere la responsabilità del consigliere dal vaticinio se il consigliato avrebbe o no delinquito senza il consiglio, si somministra nna regola che se può esser buona per le accademie, è pessima pei casi pratici, ne' quali introdurrebbe un' inestricabile perplessità, a meno che ci si additasse una norma sicura dedotta dall'atto esterno per uscire ne' singoli casi dalla detta incertezza.

Il Renazzi credette di trovare la ragione storica delle antinomie che offrono le leggi romane rapporto al consiglio a delinquere, deducendola dall'ambiguità dell'antica formola *ope consilio*, della quale si fa menzione nella *leg. 25. §. si quis Dig. ad leg. Aquil.* nella leg. 50. §. *ope Dig. de furtis*, nella leg. 52. in princ. *Dig. eodem*, nelle Istit. lib. 4. tit. 1. §. *11.*, ed in altri luoghi, non che dalle due discordanti scuole *di Massurio Sabino* e di *Labeone*, il primo de' quali, al dire del romano Criminalista, sostenne la massima, che il nudo consiglio a delinquere disgiunto dall'ajuto bastasse per obbligare alla pena, il secondo, benchè innovatore di molto ingegno, rispettando l'autorità degli antichi stimò necessario il concorso simultaneo dell'uno e dell'altro per contrarre la penale responsabilita di un delitto. Così pensò il Renazzi potersi disimpe-

gnare dalla difficoltà; ma s' egli abbia colto nel segno il vedremo fra poco.

Intanto giova premettere sulle tracce del Vinnio (1) che il vocabolo *consilium* presso i Romani ebbe un triplice significato cioè, ora fu preso per lo proposito di delinquere ossia pel dolo, ora pel nudo consiglio che altrui si desse di commettere un' azione vietata, ora finalmente pel consiglio a delinquere accompagnato dall' istruzione ed indicazione de' mezzi necessarj ad eseguire la criminosa azione. Nel primo senso lo usò Paulo nella leg. 53. §. 1. Dig. *de verborum signif.* quando disse » Et sane post veterum auctoritatem eo perventum » est, ut nemo ope videatur fecisse nisi et consilium mali» gnum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi et fa» ctum sequutum fuerit » Nel secondo l'adoprò Giustiniano nel citato §. delle Istituzioni. Nel terzo se ne valse lo stesso Ulpiano nella leg. 50. Dig. *de furtis*, la cui locuzione a torto si vuole dall' Anton Matteo disgiuntiva sull' appoggio di quanto dice il G. C. nel principio della testè citata legge 53, da noi riportato in nota alla pag. 205. Imperocchè Ulpiano nell'esordio della legge fissa bensì la regola di ermeneutica, che nel linguaggio della giurisprudenza si usa *sovente* la particella congiuntiva in luogo della disgiuntiva, e viceversa, ma trattandosi d' una regola che ammette non poche eccezioni, sarebbe una temeraria interpretazione lo applicarla alla leg. 50. *Dig. de furtis.*

Premessa questa distinzione importantissima svaniscono le antinomie e si trova sempre coerente a se stesso lo spirito delle leggi romane su questa materia. Il consiglio nel senso di proposito di delinquere non obbligava alla pena disgiunto dall' azione esterna, e così viceversa l' ajuto senza il malizioso proposito non faceva contrarre il delitto, della qual cosa si ha l' esempio in chi prestasse la scala ad un ladro ignorando che questi ne voglia far uso per rubare. Ecco perchè nacque la formola *ope consilio*. Il nudo e semplice consiglio, che altrui

(1) Comment. in Instit. Imper. lib. IV. tit. 1. §. XI.

si fosse dato di commettere un delitto, disgiunto da qualunque ajuto da qualunque agevolamento di mezzi non obbligava alla pena, come quello che non poteva dirsi cagione morale dello altrui delitto, dovendosi con ragione presumere che chi dopo un semplice e generico consiglio si mosse a delinquere, avesse talmente l'animo disposto al misfatto, che anche senza l'esortazione altrui lo avrebbe commesso. Finalmente il consiglio non solamente *esortativo*, ma anche *istruttivo*, del quale si avrebbe l'esempio in chi indicasse ad un ladro il luogo ove salire nell'altrui casa, l'ora più sicura per non esser sorpreso dal padrone, l'angolo ove tenersi internamente appiattato fino al momento opportuno, la situazione dello scrigno, il modo di forzarlo ed aprirlo ec. obbligava senza dubbio alla pena, come quello che facilitava l'esecuzione di un delitto, di cui altrimenti non si sarebbe sicuramente verificato l'effetto. Così si concilia anche il testo *Atilicinus.*

Tale fu la massima delle romane leggi sull'argomento di cui trattiamo. Della quale a vieppiù convincersi gioverà l'analizzare lo spirito delle quattro leggi che Anton Matteo riporta in contrario. Nella prima si fa il caso di chi si serve di un'interposta persona per promovere contro un terzo un'accusa capitale: il contesto della sintassi è disgiunto, lo concedo, ma le ultime parole *dando probationes, allegando accusationes* sono comuni ai tre casi contemplati dalla legge, ed allora siamo subito in argomento di consiglio *istruttivo*, e non di quello *meramente esortativo.* Nella seconda si contempla la seduzione operata in altrui per indurlo a commettere con un terzo lo stupro o l'adulterio; lo che costituisce un delitto *sui generis* qual'è il lenocinio: e in ogni modo una seduzione di questa natura vestirebbe il carattere di consiglio istruttivo. Nella terza si parla dell'azione *servi corrupti*, il cui effetto era la condanna del corruttore al duplo, azione perciò d'indole civile. Tuttavia anche qui quelle parole *malo monstravit in quem modum delinqueret* presuppongono un consiglio istruttivo, e sebbene le successive parole della legge si estendano persino a chi loda il proposito del servo di voler fuggire, pure non si

devono disgiungere dalla clausola del Giureconsulto — *sive ergo bonum servum fecerit malum, sive malum fecerit deteriorem* —, lo che importa sempre un dannoso effetto cagionato dal consigliante sulla persona del servo. Nella quarta finalmente si fa il caso di chi persuade il servo altrui a fuggire collo scopo che un terzo se ne impadronisca, ed ecco che allora il consigliatore non è tanto reo di un semplice consiglio, quanto di un ajuto prestato a colui che di appropriarsi l'altrui servo formò il disegno.

Le quattro leggi adunque, a cui l'Anton Matteo appoggia la propria opinione, si conciliano agevolmente col nostro assunto, e rimangono ad evidente dimostrazione del medesimo il testo di Ulpiano nella legge 50. Dig. *de poenis* e quello di Giustiniano nelle Istituzioni lib. IV. tit. 1. Ai quali indarno si volle da quell'Interprete altronde dottissimo attribuire un senso ripugnante al letterale contesto, poichè nè il proemio della legge 53. Dig. *de verbor. signif.* offre come notammo un argomento efficace per ritenere disgiunta la locuzione di Ulpiano, nè Giustiniano potè intendere che fosse impunito il consiglio generico allora soltanto che non seguisse il delitto; poichè se anche il consiglio specifico ed istruttivo va impunito, come dicemmo alla pag. 204., quando il delitto non viene nè eseguito nè tentato, poichè allora l'azione del consigliante si riduce ad una mera immoralità, non può Giustiniano aver introdotta pel consiglio generico una distinzione che è propria del consiglio specifico. Altronde basta leggere interamente il citato §. *interdum* delle *Istituzioni* per persuadersi che ivi si parla sempre di delitto seguito.

Risoluta così la questione si pone in concordia il Diritto costituito col costituendo. Stabilimmo infatti per massima nel principio di questo capitolo che l'adesione di un cittadino all'azione criminosa di un altro non è politicamente imputabile se non in quanto influì nell'azione medesima. Ora il conoscere se il consiglio dato altrui di delinquere sia o non sia stato di efficace impulso al delitto, non può farsi se non mediante la distinzione del consiglio in *nudo* ed *istruttivo*, o come altri dicono sulle tracce del Puffendorfio in *generale* e *speciale*. Im-

perciocchè l'umana volontà, la quale sempre si determina ad agire o non agire in proporzione del bene che spera dall'azione, e della forza degli ostacoli che prevede dover incontrare, come è mossa da un consiglio istruttivo che agevola i mezzi dell'esecuzione, così non lo è da un nudo e generico che lascia l'anima in quella stessa determinazione in cui era prima di udire il consiglio. Mentre adunque la legge deve dissimulare il consiglio generico abbandonandone la punizione all'Eterna Giustizia e al retto senso degli uomini che disapprova sempre l'immoralità, deve poi armarsi di un giusto rigore contro il consiglio istruttivo che spiana la via ai delitti.

Ma se il consiglio istruttivo deve punirsi, la pena di chi lo dà sarà essa eguale a quella del delinquente principale? Noi non parliamo qui del Diritto costituito, dal quale, se osserviamo le leggi pocanzi riportate, sembra (1) discendere il canone della parità della pena. Noi vogliamo indagare che cosa detti in proposito la Scienza della legislazione. Generalmente parlando il consiglio a differenza del mandato ridonda in vantaggio del consigliato, non del consigliatore: dunque in questo concorre una minore spinta criminosa: dunque la pena di questo deve esser minore. Che se anche il consigliante per convenzione fatta col principal delinquente ritraesse un lucro dal delitto, la pena dovrebbe bensì accrescersi in confronto del caso antecedente, ma non mai eguagliarsi a quella del reo principale sì per esser coerenti a quel canone di politica che ponemmo per secondo principio fondamentale nel proemio di questo capitolo, sì perchè il consiglio al pari del mandato lascia un

(1) Dico *sembra*; poichè sulle dette leggi vi sarebbe molto da dire per dimostrare 1. che i GG. CC. romani colle parole *teneri eum*, di cui spesso fanno uso, alludono alla responsabilità civile: 2. che nella calunnia istituita per interposta persona e nel favore prestato dal lenone all'adulterio concorre *assai più* di un mero consiglio, lo che giustifica l'applicazione della pena ordinaria: ed altrettali cose che sacrifichiamo alla brevità.

intervallo al pentimento di chi deve intraprendere l'azione criminosa.

§. III.

Ora l'ordine delle idee ci porta a parlare dell'impulso o ajuto fisico che può prestarsi all'altrui delitto. Questo può verificarsi o prima del delitto, o nell'atto del delitto, o dopo il delitto.

I. L'ajuto prima del delitto si esemplifica in coloro che scientemente somministrano le armi o il veleno per ferire od uccidere; che prestano le scale per ascendere nell'altrui casa a commettere i furti o altri delitti; i grimaldelli o altri istromenti per aprire o rompere le altrui porte ecc. ecc. In questa fattispecie è a vedersi qual pena sia giustamente applicabile all'ausiliatore. Se guardiamo all'influenza che l'ajuto di questo esercita sull'azione del delinquente principale, sembra a primo aspetto, che siffatto ajuto sia talmente indispensabile e connesso col fatto principale da obligarci a conchiudere, che senza il concorso dell'ausiliatore il delitto non si sarebbe commesso; e ciò porterebbe ad opinare per la parità della pena dell'ausiliatore e del reo principale. Ma non è lecito fermarsi a questo solo riflesso; poichè se si giungesse a dimostrare che una pena inferiore è sufficiente ad impedire che i cittadini somministrino scientemente ai facinorosi gl'istromenti necessarj a delinquere, non vi sarebbe dubbio, che quella pena inferiore fosse la sola giusta. In questa ricerca non può esser di sussidio il 2.° canone fondamentale esposto alla pag. 189. Imperciocchè il massimo interesse del delitto essendo riposto nel reo principale, e non potendo non essere di gran lunga inferiore quello di chi somministra gl'istromenti per delinquere, la maggior pena riserbata al primo non produce, come nel mandato, l'effetto politico di frastornar l'idea del delitto. Volgiamoci adunque alla teoria della spinta criminosa, ed essa ci sarà di lume per uscire dall'incertezza. O il delitto deriva da una passione violenta, o da una passione cupida. Nel primo caso il turpe piacere della vendetta risiede tutto nel reo prin-

cipale, e l'ausiliatore o sia tratto alla somministrazione dal suo animo improvvidamente arrendevole, o lo sia da un premio, non è mai tanto propenso al delitto, quanto lo è il principale agente. Nel secondo caso è a presumersi per lo più che l'ausiliatore abbia ricevuto un premio; ma questo premio sarà sempre di gran lunga inferiore a quel lucro, che l'agente principale del delitto serberà per se stesso. Imperciocchè quest'ultimo conoscendo, che tutta la fatica tutto il rischio inerente all'esecuzione del delitto gravitano su di lui, è portato dall'idea di giustizia (che non cessa d'esercitare il suo impero anche sui scelerati che la infrangono) a credersi in diritto d'arrogarsi un maggior premio: nè il somministratore dello stromento criminoso ardirebbe contraddire a un tal principio. Se adunque per questa dimostrazione è fatto evidente, che il primo elemento della spinta criminosa è sempre molto inferiore nel complice, di cui qui parliamo, al confronto di quel ch'egli è nel reo principale, se l'audacia (2.° elemento) è maggiore in quest'ultimo, se la speranza dell'impunità (3.° elemento) benchè in molti casi maggiore nel complice non è atta a controbilanciare l'eccesso dei due primi elementi che nel reo principale ravvisasi, sarà dimostrato che ai complici qui da noi contemplati si addice una pena minore di quella, che s'applica agli agenti principali, e che questa minor pena è sufficiente a reprimere la loro cooperazione criminosa (1).

Avverto poi ch'è necessario il far distinzione fra il somministratore d'un oggetto, che porta seco la presunzione d'un uso criminoso, come il veleno un'arma insidiosa il grimaldello, e chi somministra uno stromento destinato di sua natura ad

(1) Nella prima edizione di quest'opera opinai diversamente. Un più maturo riflesso mi ha fatto cangiar consiglio, e nella seconda edizione mi feci coscienza di preferire l'amore della verità ad un male inteso amor proprio. Di queste conversioni in materia di opinioni giurisprudenziali ne diede il primo esempio Papiniano: *leg. 6. e 7. Dig. de servis exportandis.*

uso innocente come la scala, lo scalpello, il martello ec. e ciò all' effetto di accordare a questo secondo una *ulteriore* diminuzione di pena al confronto del primo; bene inteso che in ambedue è necessario per l' applicazione della pena il provare la scienza dell' uso delittuoso, a cui è per servire la cosa somministrata. La ragione di questa differenza si è, che la prima specie di somministrazione è più necessaria al reo principale per riuscir nel delitto, e ciò presuppone nell'ausiliatore un maggior interesse a prestarla; laddove nel secondo caso ancorchè il complice si fosse ricusato alla somministrazione, non avrebbe frastornato il crimine, perchè il delinquente avrebbe potuto procacciarsi lo stromento a sue mire necessario anche coll' ingannare un probo cittadino inducendolo alla prestazione sotto il velame d' un uso innocente.

Passando ora alle sanzioni del Diritto romano, s' incontrano alcune leggi avverse a questa minor pena del complice; e sono le seguenti. La leg. 54. §. 4. Dig. *de furtis*, ove leggesi » qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium, » vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur »; la leg. 3. Dig. *ad leg. Corn. de sicar.* » Ejusdem legis Corneliae de » sicariis et veneficis capite quinto, qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit, plectitur »; la leg. 7. Dig. *ad leg. Pomp. de parric.* » Si sciente » creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata » (ut puta si ad veneni mali comparationem . . . .) parricidii » poena tenebitur qui quaesierit pecuniam, quique eorum ita » crediderint ». Ma su questi testi è d' uopo osservare, in quanto al primo, che trattandosi di furto, il quale era presso i Romani di azione privata, punibile col duplo o col quadruplo, non è meraviglia che a questa pena fosse tenuto in solido anche il complice; e che il secondo ed il terzo sono coerenti a quel principio, per cui il conato di omicidio e di parricidio veniva equiparato al delitto consumato. Il Carmignani a questo proposito osserva che un tal principio bandito dal

foro nelle fattispecie dell' attentato non dovrebbe ricomparirvi sotto le divise della complicità (1).

II. Io non chiamo ajuto nell' atto del delitto quello, che si verifica quando per esempio più persone in forza di un premeditato concerto si uniscono per pugnalare un uomo e lo rendono vittima de' loro colpi. Allora si hanno più delinquenti principali. L' ajuto adunque nell' atto del delitto è quello di colui che trattenesse il cittadino assalito, mentre un altro lo ferisce, che tenesse la scala mentre un altro introducesi per essa in casa altrui a rubare, che si ponesse armato a fare la sentinella per impedire che alcuno sopraggiunga a frastornare il delitto e cose simili. In tutti questi casi ognuno scorge una tale connessione fra l' azione del correo e quella del reo principale, un tale aumento di audacia in questo per l' ajuto di quello, che la Società non sarebbe bastantemente difesa, ove si usasse al correo una inopportuna indulgenza, e non gli si applicasse la pena del principale delinquente. Quanto più facile in questo caso riuscirebbe al ladro, all' omicida, al grassatore ecc. il trovare degli ausiliatori nella classe corrotta degli uomini!

Dippiù in questa fattispecie per giustificare l'applicazione di una minor pena all' ausiliatore non varrebbero nè i principj del conato, nè il canone del Beccaria. Non i primi, perchè tutti gli ausiliatori qui contemplati influiscono *direttamente* e *immediatamente* nella consumazione del delitto. Non il canone del Beccaria, perchè, come osserva il Carmignani, i correi di cui qui parliamo non distribuiscono fra loro le parti come gli attori nel dramma, ma le loro rispettive azioni sono suggerite e guidate dalla circostanza del momento e dal caso (2).

Il Diritto romano concorda pienamente coll' esposta massima. Giustiniano nella leg. unic. Cod. *de rapt. virg.* così si esprime » sancimus ... ut hi, qui hujusmodi crimen commise- » rint, et qui eis auxilium *invasionis tempore* praebuerint, ubi

(1) Teoria delle leggi della sicurezza sociale Vol. II. pag. 372.
(2) Opera citata Vol. II. pag 396.

» inventi fuerint in ipsa rapina, et adhuc flagranti crimine » comprehensi, et a parentibus virginum, vel ingenuarum, vel » viduarum, vel quarumlibet foeminarum, aut earum consan- » guineis, aut tutoribus, vel curatoribus, vel patronis, vel » dominis convicti interficiantur....Poenas autem, quas prae- » diximus, idest mortis et bonorum amissionis, non tantum ad- » versus raptores, sed etiam contra eos, qui hos *comitati in* » *ipsa invasione et rapina fuerint*, constituimus. E quindi quell' Imperadore prescrive che per gli altri complici abbia luogo la sola pena di morte senza la confisca de' beni. Analoga alla sanzione di Giustiniano è la Nov. 70. dell' Imperador Leone, la quale parla specialmente del ratto, del parricidio e del latrocinio, ed in essa sono notabili le seguenti parole » Non enim si quis ipse manus inferendae neci non admove- » rit, continuo insons et a poena immunis esse debet. Quid » enim si pressis ipse manibus, alterius tamen dextram ad » caedem intenderit, atque confirmarit? .... Nam nisi » aliorum manus huic in subsidium praesto fuissent, non certe » ita prompte homicidium perpetrasset.

III. La volontà di un cittadino può mostrarsi aderente a un delitto altrui già commesso 1.° o colle lodi, 2.° o colla ratiabizione, 3.° o col partecipare dei frutti del delitto, 4.° o coll' occultare il delinquente o gli oggetti attinenti al delitto (1). Ma per aversi un' azione punibile in linea di correità o complicità non basta il concorso di una semplice adesione di volontà: bisogna eziandio che questa adesione di volontà sia stata efficacemente influente nell' azione del principal delinquente (pag. 189). Ora può mai concepirsi in natura che un fatto posteriore eserciti un' influenza sopra un fatto già seguito? Non è questo un' assurdo nel mondo così fisico come morale? Dunque dobbiam porre per assioma inconcusso, che una complicità veramente posteriore al delitto non può concepirsi.

1.° Questa regola generale, che sarà il cardine della disputa in cui c' inoltriamo, si verifica pienamente nelle lodi date

(1) Carmign. Elem Jur. Crim. §. 231.

all'altrui delitto già commesso. L'approvatore, il laudatore dell'altrui delitto sarà un pessimo cittadino, ma non mai un complice. Potranno talvolta le lodi dare un indizio di precedente complicità, ma allora la disputa si aggirerà sul sistema probatorio, su di un punto di procedura: la lode sarà un indizio di complicità da valutarsi coll'insieme delle altre prove, ma non sarà mai la complicità stessa. Può anche darsi il caso che la speciale natura di alcuni delitti impegni il Legislatore a impedirne con penali sanzioni le lodi: ciò potrebbe verificarsi nei delitti contro la Religione e contro la sicurezza dello Stato. Le lodi date ad ambe queste specie di delitto compromettono il buon ordine sociale, la publica sicurezza. Il Legislatore può reprimerle colla minaccia di analoghe pene: allora le lodi costituiranno un delitto *sui generis*: ma non cesserà la regola generale, che le esclude dalla categoria delle complicità.

Il Diritto romano non ha nulla che si opponga a questa sana massima. Ho mostrato pocanzi che quel testo del Digesto *de servo corrupto*: *non enim oportet laudando augeri malitiam* oltrecchè riguarda una legge di effetto meramente civile, presuppone seguita per mezzo delle lodi la depravazione del servo. Ora poi aggiungo che quelle parole — *etsi erat servus omnimodo fugiturus vel furtum facturus* — dimostrano che la fattispecie ivi proposta da Ulpiano contempla le lodi antecedenti al delitto, ed allora siam fuori della questione.

2.° Le ragioni esposte riguardo alle lodi date all'altrui delitto militano egualmente per la ratifica di un delitto già commesso. Che la ratifica equivalga al mandato ne' contratti ed altri affari civili, niuno potrebbe dubitarne. Ha luogo in questo caso una finzione di legge, ma questa finzione riguarda unicamente gl'interessi civili dei contraenti. Potrebbe mai aver luogo una eguale finzione quando si tratta di leggi che percuotono l'onore, la libertà, la vita de' cittadini, quando si tratta di adossare ad un individuo la responsabilità tutta personale di subire la pena? Tuttavia alcuni Dottori hanno preteso di sostenere che la ratifica di un delitto obbligasso il ratificante alla pena, appoggiati a due testi di Ulpiano, il 1.° nella

leg. 152. Dig. *de regulis juris*, ove il G. C. dice — *dejicit et qui mandat: in maleficio ratihabitio mandato comparatur:* l'altro nella leg. 1. §. 14 Dig. *de vi et vi arm.* così concepito: *sed etsi quod alius dejecit ratum habuero, sunt qui putant.... me videri dejecisse, interdictoque isto teneri, et verum est: rectius enim dicitur, in maleficio ratihabitionem mandato comparari.* È d'uopo peraltro riflettere col Chiarís. De Simoni (Opera citata Part. II. Cap. 5. §. VII.) che si l'una che l'altra legge sono tolte dal lib. 69. di Ulpiano *ad Edictum*; che ambe le medesime hanno relazione all'interdetto pretorio *de vi armata*, dal quale sorgeva a favore di chi fosse stato scacciato violentemente dal proprio fondo l'azione pecuniaria per ricuperare il possesso perduto, i mobili, i frutti, onde siamo in questione di giure meramente civile e non penale. È forza dunque conchiudere che il Diritto costituito romano non si è in questa parte allontanato dalle norme di una saggia legislazione, la quale non punisce mai dove non esiste un'azione morale esterna nociva alla publica sicurezza (1).

3.° Il terzo modo di adesione di volontà al delitto altrui *a parte postea* si verifica in colui che partecipa dei frutti del delitto. Ognun comprende che quest'indagine riguarda i delitti di furto, rapina, grassazione, latrocinio, quelli insomma nei quali si verifica l'ablazione della cosa altrui. Chiunque è reo di simili delitti non potrebbe giungere a godere il frutto del suo misfatto se non trovasse fra i cittadini alcuno che ricettasse o comperasse la cosa furtiva: quindi senza i ricettatori e dolosi compratori i delitti di cui sopra o non si commetterebbero, o si commetterebbero ben di rado. L'importanza adunque di prevenire le azioni criminose per difendere efficacemente la Società, pone in diritto, anzi in dovere il Legislatore di punire i ricettatori e compratori dolosi delle cose furtive. Sia pure che anche qui non si verifichi una *complicità* nel suo vero senso (a meno che il compratore doloso avesse promesso al ladro di comprare la cosa furtiva prima che questi si ac-

(1) Ant. Matth. Proleg. Cap. 1. §. 14.

cingesse a commettere il furto): sarà pur vero che si verifica un'azione nociva alla sicurezza publica, e perciò criminosa e punibile come delitto *sui generis.*

Quando poi, e sino a qual segno le circostanze gravanti dei furti, delle rapine ec. si possano porre a carico de' compratori dolosi, con qual misura i medesimi si debbano punire, saranno argomenti di particolari ricerche, che riserbiamo come a sua sede al libro IV. e precisamente al Capitolo *dei delitti contro la giustizia publica* §. 7, ove faremo palese lo spirito legislativo dell' Articolo 15. del *Regolamento Gregoriano sui delitti* e *sulle pene.*

4.° La ricettazione del delinquente e l'occultazione degli oggetti attinenti al crimine costituiscono un vero ajuto che si presta al delinquente dopo il delitto. Nondimeno essendo atti posteriori al misfatto non isfuggono alla regola generale, che non può riconoscere complicità in una volontà che aderisce quando l'azione è già irrevocabilmente commessa. Ma se avvenisse che la ricettazione, l'occultazione fosse stata promessa al principal delinquente prima ch'ei si accingesse all'atto criminoso, che dovremmo pensarne? Il facinoroso allora diviene più audace nella sua intrapresa, e quest'aumento di audacia gli viene appunto dalla promessa del ricettatore: allora l'atto di questo deve retrotrarsi all'epoca della promessa, poichè fin d'allora quell'atto esercitò un'influenza criminosa sull'animo del reo principale: allora il ricettatore è un vero complice (1). Ma poichè l'influenza della promessa ricettazione nell'azione del principal delinquente non è sì veemente, che dir si possa dover in mancanza di essa rimanere intentato il delitto, sarà

(1) È notabile che un principio sì inconcusso, il cui perfetto sviluppo si deve ai moderni illustratori della Scienza Criminale, non era sfuggito ai Compilatori dei Bandi Generali. L'art. 127. dei medesimi dichiarava complici del delitto *i Mandanti, Ausiliatori e Fautori, i quali scientemente in qualsivoglia modo daranno ajuto o cooperazione avanti il delitto, o nel delitto, ovvero ANCHE DOPO, PURCHE' PRIMA L'ABBINO PROMESSA O DATANE INTENZIONE.* Tanto è vero, che le verità più luminose si fanno sentire in tutti i tempi.

consentaneo alla Giustizia che il ricettatore-complice sia punito con pena minore di qualche grado in confronto del reo principale.

Posto adunque per cardinale principio in questo argomento, che il ricettatore può essere e non esser complice, secondochè il ricetto fu da lui promesso o non promesso prima dell' esecuzione del delitto, rimane a vedersi SE e QUANTO sia punibile il ricettatore non complice.

Per risolvere la prima questione, convien ricercare se la ricettazione *semplice*, non essendo complicità, possa costituire un delitto *sui generis*. Per l' affermativa sorge il principio politico armandosi del riflesso, che il ricettatore rende più difficile la punizione del delitto del ricettato: per la negativa sorge il principio morale facendosi scudo della disconvenienza di punir quelle azioni, che il più delle volte non derivano da malvagità ma da lodevoli sentimenti, ossia, come nel caso ordinariamente avviene, da compassione. A conciliare l' uno coll' altro principio giova restringere la punibilità del ricettatore non complice a due sole specie di delitti, cioè a quelli che attaccano direttamente e immediatamente l' intero corpo sociale, ed a quelli che hanno bisogno della ricettazione per essere iteratamente eseguiti. Il primo caso si verifica ne' proprj e veri delitti di lesa maestà: il secondo nella grassazione. La sanzione penale per la prima specie di ricettazione è giustificata dal riflesso della salute pubblica: per la seconda dalla considerazione che nel ricettatore de' grassatori o delle cose grassate cessa la presunzione d' un movente lodevole, e sottentra quella d' un movente malvagio, cioè dell' avidità del turpe lucro.

Circa la misura poi della pena applicabile al ricettatore non complice, essa dev' essere inferiore *per lo meno* di un grado a quella che si applicherebbe nello stesso caso al ricettatore complice.

Ma nell' erigere in delitto proprio la ricettazione de' sediziosi e de' grassatori la legge non deve mai violare il rispetto dovuto ai vincoli di sangue o di affinità. Quindi il padre ricettatore del figlio e viceversa, la moglie ricettatrice del marito,

il fratello del fratello, il consanguineo e l'affine in grado non remoto andranno impuniti per la ricettazione, eccetto che fossero per altri atti di diversa natura complici de' delitti di cui trattasi. Un saggio legislatore ben sa che il consorzio di famiglia è il precipuo elemento dell'edificio sociale: egli adunque non deve mai oltraggiare i sentimenti di amore ispirati dal consorzio stesso: altrimenti facendo, per un male inteso zelo di difesa urterebbe improvvidamente le prime basi della sociabilità (1).

Veduto così quali siano i principj del Diritto costituendo sulla ricettazione, volgiamo ora le indagini alle sanzioni del Diritto costituito.

Non mancano nel testo varie leggi, giusta le quali i ricettatori di alcuni speciali delinquenti e particolarmente de' *ladroni* (con questo nome designavano i Romani quelli che facevano professione di assalire i viaggiatori e spogliarli) sembrano puniti colla stessa pena dei delinquenti principali. Nella leg. 1. Dig. *de receptat.* il G. C. Marciano avverte: *pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt, quia cum adprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel surreptorum parte demiserunt.* Nella leg. 3. §. 12. Dig. *ad S. C. Silan.* si dispone — *si quis quem eorum servum, servamve ex ea familia, qui ejus facinoris noxius erat, receperit, vel celaverit, sciens dolo malo, in ea causa est ac si lege, quae de sicariis lata est, facinoris noxius fuerit.* Nella leg. 3. Dig. *de incend. ruina naufrag.* — *non tantum qui rapuit, verum is quoque qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquunt, quam adgressores.* Nella leg. 9. Cod. *ad leg. Jul. de vi pubblica* — *crimen non dissimile est rapere, et ei qui rapuit, raptam rem, scientem delictum servare.* Nella leg. unic. Cod. *de crim. pecul.* — *His quoque nihilominus, qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt, vel qui subtractas ab his*

(1) Mi è grato l'osservare che questa santa massima è sanzionata dal Codice pontificio e dal toscano, come meglio fra poco.

scientes susceperunt, *eadem poena percellendis*. Altre viceversa sembrano stabilire ai ricettatori una pena più mite in confronto dell' esecutore del delitto. Nella leg. ultim. Dig. *de abigeis* Callistrato avverte — *Receptores abigeorum qua poena plecti debeant*, *epistola D. Trajani ita cavetur*, *ut extra terram Italiam decem annis relegentur*. Nella leg. 13. Dig. *de officio Praesidis* Ulpiano scrive — *Nam et sacrilegos*, *latrones*, *plagiarios*, *fures conquirere debet*, *et prout quisque deliquerit in eum animadvertere ; receptoresque eorum coercere*, *sine quibus latro diutius latere non potest*. La quale ultima espressione accenna ad una pena straordinaria irrogabile *ex arbitrio Judicis*. Finalmente la leg. 40. Dig. *de poenis* riporta il caso di un certo Metrodoro, che per avere scientemente ricettato il nemico fuggitivo fu condannato alla deportazione.

L' antinomia di queste leggi viene sensatamente conciliata dall' Anton Matteo col distinguere quelli, che *semplicemente* ricettano il reo di latrocinio o d' altro speciale delitto qui contemplato, da quelli che il ricettano per aver con esso contratta la complicità del delitto : ai primi non può applicarsi che una pena straordinaria e ad essi riferir si devono le tre ultime leggi da noi riportate : ai secondi il Diritto romano applicava la stessa pena del principal delinquente giusta la regola quasi generale adottata da quella legislazione riguardo ai complici. Dissi *sensatamente*, perchè essendosi antecedentemente dimostrato che la ricettazione dei delinquenti può essere e non essere *complicità* secondo i casi, ne discende che la conciliazione immaginata dall' Anton Matteo è conforme anche ai principj del Diritto costituendo. Io adunque la preferisco a quella proposta dal Professor Nani, il quale premessa la distinzione de' giudizj publici, delle azioni pretorie e de' giudizj straordinarj, conchiude che nei primi e nelle seconde la pena de' ricettatori è eguale a quella del principal delinquente, negli ultimi la pena di essi è meramente arbitraria. Imperciocchè secondo questa dottrina il ricettatore dell' adultero, del falsario ec. dovrebbe esser punito colla leg. Giulia *de adulteriis*, colla Cornelia *de falsis*, lo che non trovo sanzionato, nè sa-

rebbe conforme alla Scienza della legislazione, la quale suggerisce di perseguitare la ricettazione semplice in quei delitti soltanto, i quali o attaccano direttamente e immediatamente la sicurezza del Corpo politico, o ripetono dalla ricettazione quella sicurezza, per cui vengono iteratamente eseguiti.

Nè voglio pretermettere che Anton Matteo previene l'obbiezione che sull'appoggio della leg. 39. Dig. *ad leg. Jul. de Adult.* potrebbe farsi alla sua sentenza, dicendosi ivi — *Mulierem ob latronum societatem exulare jussam citra poenae metum in matrimonio retineri posse, respondi.* Osserva egli dottamente 1.° che fu massima del romano Diritto il mitigare le pene al femmineo sesso. Leg. 6. Dig. *ad leg. Jul. peculatus.* Leg. 5. §. 3. Cod. *ad leg. Jul. Majestatis* (1) 2.° che Papiniano nel citato testo non parla di una legge stabilita contro la donna complice di latrocinio, ma di una regiudicata, per cui ha luogo la massima *non exemplis, sed legibus judicandum est. Leg. 13. Cod. de sent. et interloc.*

Finalmente non devo dissimulare che il Nani nelle note ad Anton Matteo è di parere che la dottrina di quest'illustre Interprete non possa tanto facilmente conciliarsi con la *leg. 1. Cod. de his qui latrones etc. occultaverint* così espressa — *Eos qui secum alieni criminis reos occultando eum, eamve sociarunt: par ipsos, et reos poena expectet: et latrones quisquis sciens susceperit, et eos offerre Judicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro qualitate personae, et Judicis aestimatione plectetur.* Secondo il Nani la prima parte di questa legge viene a stabilire che chi occulta il delinquente debba per una presunzione *juris et de jure* ritenersi complice del delitto da quello commesso, e assoggettarsi alla pena stessa del principal delinquente: la seconda parte poi, rigettata siffatta presunzione, stabilisce ai ricettatori dei ladroni una pena straordinaria o pecuniaria o corporale, giusta la qualità delle persone. Evvi dunque un'antinomia nella

(1) Vedremo a suo luogo nel libro II. come e sotto quali limitazioni ciò debba intendersi.

legge stessa, a conciliar la quale il Nani ricorre al Codice Teodosiano, ed osserva che la citata legge è un informe impasto fatto da Triboniano di due leggi separate, che sono la prima e seconda del Cod. Teodosiano a questo titolo: la prima publicata da Valentiniano, Valente e Graziano nell'anno 374., la seconda derogante alla prima publicata da Graziano, Valentiniano e Teodosio nell'anno 383., colla quale considerandosi forse l'assurdo di punire con egual pena il ladrone ed il ricettatore di esso, si moderò quest'inopportuno rigore, destinando al secondo una pena straordinaria. Io non disapprovo questa giudiziosa osservazione, anzi la trovo sensata: dico però che in ogni modo resta sempre ferma la massima che il solo ricettatore complice è punito dal Diritto romano colla pena del principal delinquente, e che al ricettatore non complice è serbata una pena straordinaria. Di fatti nella prima parte della legge si usa l'espressione — *reos occultando eum eamve sociarunt:* dunque *societas criminis,* dunque complicità. Nella seconda si dice — *quisquis latrones sciens susceperit, et eos offerre judicibus supersederit* (chi temporeggiò a consegnare alla giustizia i ladroni, che aveva accolti in propria casa): dunque oscitanza nel denunziare i rei ricettati, la quale non importa complicità. Dal che si può conchiudere che la sentenza di Anton Matteo è sempre vera, e che la dottrina da noi abbracciata per distinguere il ricettatore complice dal ricettatore non complice forma, per così dire, la corona ed il compimento dell'opinione adottata dal Batavo interprete.

§. IV.

Tutte le disposizioni della pontificia legislazione sulla misura della pena applicabile ai correi ed ai complici si racchiudono nel titolo III. libro I. del Regolamento penale costituito dagli art. 13. 14. 15. e 16. Il primo così si esprime:

I correi e complici di un delitto, il dolo dei quali nel concepirlo, eseguirlo e consumarlo si è manifestato minore di quello dell'agente principale, sono puniti da uno ai tre gra-

di di pena minore di quella prescritta per gli stessi agenti principali.

Due osservazioni sono a farsi su questo articolo. La prima è che il legislatore ha usato qui la parola *dolo* o nel senso di *spinta criminosa*, o per significare una cosa affine ad essa, cioè quell' influenza, che l' opera e la volontà de' correi o complici esercitano più o meno nell' azione del delinquente principale. Difatti assumendosi il dolo nel senso, che più comunemente gli attribuiscono i Criminalisti, cioè d' *intenzione di delinquere*, è cosi difficile il trovare una diversità di grado in quello, onde sono ordinariamente animati i coagenti di un delitto, che i rari casi di questa differenza sembrano più atti a formar soggetto di accademiche disputazioni che di legislative misure. E per verità: si prenda pure per base la notissima distinzione del dolo in dolo *di proposito* e dolo d'*impeto*. Che ne verrà? Fate che più malvagi si colleghino fra loro per commettere un furto, una rapina, una grassazione, un latrocinio: tutti avranno il dolo di *proposito*. Fingete invece che in una rissa, nella quale presero parte più persone, resti ucciso un uomo. Oltrechè nella rissa non dassi complicità, perchè come avverte Paulo — *in rixa . . . . ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet: leg. ult. dig. ad leg. Corn. de sicariis*, ove pur si volesse, calpestando la giurisprudenza, parlare di complicità, tutti i corrissanti avrebbero il dolo d' impeto. In una parola immaginare che in un delitto commesso da più persone alcuni possano avere il dolo di *proposito*, altri il dolo d' *impeto*, è un caso sì speciale, da non potersi mai credere, che il Legislatore lo abbia avuto in vista per basarvi sopra una regola generalissima qual'è quella dell'art. 13. Un tal caso infatti allora soltanto si avrebbe quando Tizio per esempio poche ore dopo patita per opera di Cajo una ingiusta offesa, si procacciasse a peso d' oro tre o quattro satelliti per condurli seco sull' istante ad insidiare la vita di Cajo e a trafiggerlo, nella quale fattispecie in Tizio si verificherebbe il dolo d' impeto, negli altri il dolo di proposito. In tutti i delitti però che presuppongono l'animo deliberato — *fur-*

to, *falso*, *calunnia*, *congiura*, *rapina*, *grassazione*, *omicidio proditorio*, *omicidio insidioso*, *veneficio*, *latrocinio*, ed infiniti altri, non mai può esservi gradazione di dolo *in senso proprio* fra' condelinquenti.

Attribuiscasi invece al dolo uno de' significati, che noi interpretando colle regole di Ermeneutica la mente del Legislatore crediamo avergli esso attribuito. Se è di *spinta criminosa*, la gradazione è patentissima, e noi ne abbiamo già veduto varj esempj nelle questioni fin qui risolute. E notisi, che il desiderio del frutto del delitto (1.° estremo della spinta criminosa) si sviluppa nell'atto di *concepire* il delitto: l'audacia (2.° estremo) si manifesta più specialmente nell'atto di *eseguirlo*: la speranza in fine dell'impunità (3.° estremo) spiega la sua forza più attivamente nell'atto di *consumarlo*, cioè quando compiuta l'azione o trattasi di coglierne il frutto, o di occultarne le tracce alla punitiva giustizia. Sono questi appunto i tre stadii contemplati dallo Art. 13. — Se poi assumasi la parola dolo come esprimente l'influenza maggiore o minore, che l'opera e volontà dei condelinquenti ebbe nel delitto, influenza, cui tanto mirano i codici penali in materia di correità e complicità (1), la gradazione è di eguale evidenza. Difatti in un crimine esempigrazia d'invasione in casa campestre può esservi un'ausiliatore, che presta la scala per insalire, un consigliatore, che indica agli invasori l'adito più opportuno per dare la scalata all'insidiato edificio, due o più, che si propongono di rimanere armati all'esterno per intimorire chi volesse accorrere ad impedire il delitto, altri due o più che promettono di ricettare le cose furtive per nasconderle alle indagini della giustizia, e tutti questi in perfetto accordo con coloro, i quali si sono assunti il carico degli atti consumatorii della invasione. Il Magistrato in tale fattispecie, e in cento altre consimili, mentre trova in tutti il dolo di *proposito*, vede però chiaramente nell'opera e volontà di que' coagenti una diversità d'influenza nell'esecuzione dell'azione cri-

(1) Veggasi la nota alla pag 232.

minosa, e può quindi accordare con sano criterio a tutti que' delinquenti accessorj una diminuzione di pena maggiore o minore in ragione inversa della detta influenza; il che facendosi si viene ad osservare quel canone sagrosanto di giustizia, che vuole un' adequata corrispondenza fra il mal' operare e la pena, canone che corrisponde al 3.° teorema da noi posto nel proemio a questo capitolo.

L' altra osservazione è che la massima sanzionata nel citato articolo 13, ove sia rettamente intesa, può esser feconda nella sua pratica applicazione di preziose conseguenze per la più equa ed efficace difesa sociale. Essa in fatti viene ad attuare tutti tre i teoremi, che noi abbiam posto come fondamenti d'ogni dottrina contenuta in questo capitolo, teoremi non suggeriti da predilezione per l' uno o l' altro sistema, ma attinti ai più inconcussi principj della universale giustizia. Essa attua il primo, perchè volendo che si esplori l' animo del correo e del complice nei tre distinti stadii dell' azione criminosa mostra chiaramente di riporre il carattere della correità e complicità in un' adesione di volontà, che abbia influito nell'azione medesima, ossia che per mezzo di un atto esterno abbia cooperato all'esito dell' offesa sociale. Attua il secondo, perchè assegna ordinariamente una pena maggiore al delinquente principale in confronto degli altri coagenti, e così rende più difficile fra essi la concordia e più facile la disunione. Attua il terzo, perchè abilitando i Magistrati ad attribuire a taluni dei complici la diminuzione di un grado di pena, ad altri di due gradi, ad altri di tre, fa vedere al consorzio civile che la maggiore o minor quantità di atti criminosi, che taluno eseguisce, ed il maggiore o minore impulso ch' egli dà all' operato delittuoso degli altri lo rendono più o meno responsabile di pena. Per questo modo la legge ispira ai malvagi un interesse di fare il minor male possibile per incontrare una minor pena. La qual cosa costituisce l' apice di perfezione filosofica, a cui possa una criminale legislazione pervenire.

In quanto ai successivi articoli 14. 15. e 16. compresi sotto lo stesso titolo, dei due primi si parlerà nel libro IV.,

sendo essi relativi a dottrine, la cui applicazione spetta ai delitti *in ispecie*, del terzo se ne avrà ragione nel prossimo capitolo IX. destinato a trattare anche della responsabilità civile dei delinquenti, alla quale quell' articolo è relativo. — Bensì dobbiamo aggiungere, che il Codice Gregoriano nell'art. 195 con filosofica umanità dichiara impunibile la ricettazione del reo e delle cose attinenti al delitto, quando è operata senza complicità dagli ascendenti o discendenti, o dal conjuge, o dal fratello o dalla sorella del delinquente. Veggasi quanto si è detto alle pag. 219. e 220.

Dal tutto insieme poi si vede, che la legislazione Gregoriana in questa delicata materia ha molto rimesso alla giurisprudenza de' Magistrati.

Un opposto metodo ha tenuto il Legislatore toscano, il quale stimò necessario di spiegare con opportuni articoli chi debba intendersi per autore del delitto, chi per ausiliatore, chi finalmente per fautore dell' offesa sociale. Tutto ciò apparisce dagli art. 49. e seguenti di quel Codice.

L' art. 49. dichiara autore del delitto 1.° *chiunque lo ha eseguito, od ha cooperato direttamente alla sua esecuzione:* 2.° *chiunque per via di mandato, di minacce, di ricompense date* o *promesse*, *d' abuso di autorità* o *di potere* o *in altro modo è stato causa del delitto*, *dolosamente instigando l'agente a formare la risoluzione di commetterlo.*

La prima parte di questa definizione consuona perfettamente coi principj da noi adottati per distinguere i veri autori principali del delitto da coloro, che sono coagenti del medesimo ma secondarii al confronto di quelli.

La seconda parte si allontana alquanto dalle nostre teorie; perocchè noi nel mandato, nelle ricompense date o promesse riconosciamo piuttosto una complicità che una correità, e stimiamo molto coerente alla sana politica il mantenere una corrispondenza di principii fra il conato e la complicità, ed il serbar sempre la pena maggiore all' esecutor del delitto per rendere più difficile a quelli che rifuggono dall' idea di commettere di propria mano il delitto, lo rinvenir persone, che

lo commettano in vece loro. La massima però del Codice toscano di assoggettare gl' *istigatori* (così sono chiamati tutti quelli compresi nella parte seconda del surriferito art. 49.) alla pena ordinaria trova una qualche mitigazione nei successivi art. 50. e 51., nel primo de' quali si statuisce che *se l'instigato ha commesso il delitto anche per motivi proprii, non eccitati dall' instigatore, la pena di questo può discender sino a quella d'un ausiliatore*; nel secondo si dichiara che *quando la legge non prescrive una pena assolutamente determinata, i coautori possono essere colpiti, entro i limiti legali, da un grado diverso di pena, secondo la misura del rispettivo operato.*

Lo stesso Legislatore Toscano è stato poi sommamente avveduto nel coltivare tutti que' mezzi di prevenzione che possono influire a frastornare l' esecuzione del delitto. Difatti negli articoli 52. e 53. ha statuito tre principj tutti diretti ad ispirare all' istigatore l' interesse d' impedire l' esecuzione del delitto. Eccoli per ordine. 1.° *L' instigatore va impunito se ha impedito il delitto, o distogliendo l' instigato, o, dove non sia riuscito, benchè abbia fatto quanto era in lui, a distorglierlo, denunziando tempestivamente all' autorità il pericolo sovrastante, o valendosi di altri mezzi;* ed eguale impunità gli viene dalla legge garantita *se ha fatto quanto era in lui per distogliere l' instigato, il quale non ostante ha commesso il delitto per cause affatto indipendenti da quella instigazione.* 2.° Viene limitata la pena dell' instigatore ad una mitissima correzionale, che è del carcere fino a sei mesi, e ne' casi più leggeri di una multa fino a cento lire, quando egli, *senza aver fatto quant' era in lui per distogliere l' instigato, ha impedito il delitto con una tempestiva denunzia all' autorità o con altri mezzi.* (In quest' ultimo caso per verità l'instigatore mostra una perfidia che rivolta il buon senso morale, ma la sanzione del legislatore giova a spargere la diffidenza nel cuore degl' instigati, e a rendere più difficile ch' essi sieno sedotti al delitto) 3.° Altra mitigazione di pena, non così notabile come la precedente ma pur molto rilevante, si accorda all' in-

stigatore *se ha fatto quanto era in lui per distogliere l' instigato, il quale non ostante ha commesso il delitto per cause non indipendenti da quella instigazione*, ed *altresì quando l'instigato già determinato al delitto si è astenuto dal commetterlo senza esserne stato distolto dall' instigatore*. La ragione della diminuzione della pena in quest' ultimo caso può vedersi alla pag. 199.

Il codice, di cui parliamo, prevede anche la eventualità che la istigazione non venga accolta, e in tal caso la pena dell' istigatore discende ad una ben giusta mite misura, che è la seguente. Se il delitto cui tendeva l' istigazione era punibile di morte, la pena discende al carcere da uno a tre anni; se esso era punibile coll'ergastolo o colla casa di forza, la sanzione penale si restringe al carcere da un mese ad un anno, e se finalmente il delitto era punibile con pena inferiore alla casa di forza, l' istigatore soggiace al carcere fino ad un mese, o ne' casi più leggeri ad una multa fino a cinquanta lire. Non isfuggì al legislatore, che il caso qui contemplato presenta l'indole di un conato remotissimo, e che perciò la legge pei noti principj scientifici doveva piegarsi ad una lenità benintesa.

Nell' art. 55. si dichiara ausiliatore del delitto *chiunque, senza ritrovarsi in alcuno de' casi contemplati dall' art. 49, ha partecipato al delitto altrui 1.° facilitando o fortificando in altri la risoluzione di commetterlo; 2.° indicando o somministrando i mezzi di commetterlo, o indirettamente agevolandone l'esecuzione; 3.° prestando al delinquente, dopo il fatto, ma in sequela di promesse anteriori al fatto, un soccorso, diretto ad assicurare il frutto del delitto o ad eludere le investigazioni della giustizia.* La terza fattispecie contemplata in questo articolo risolve mirabilmente la questione intorno ai complici che l' antica scuola chiamava *a parte postea*, e precisamente intorno ai ricettatori dei delinquenti e delle cose attinenti ai delitti. Vedemmo a suo luogo, che la ricettazione diventa complicità, allora soltanto che è stata promessa prima del delitto. Questa verità non è più nel Ducato toscano una

mera dottrina giurisprudenziale: è un principio di legge. In virtù di esso, usurperò le parole del chiarissimo Mori, *la complicità per posterius*, o *a parte postea*, *formola erronea*, *è stata cancellata dal vocabolario forense*.

Non lieve ponderazione però merita la prima fattispecie di questo articolo. Il sullodato Professore ci ammaestra, che la legge ha voluto in questo luogo comprendere sotto una sola sanzione l'ausiliatore *fisico* e l'ausiliatore *psicologico*; il che è quanto dire, che ha parificato l'ajuto morale, che prestasi dal consigliatore, all'ajuto fisico proprio del vero ausiliatore. E per verità le parole *facilitando o fortificando in altri la risoluzione di commetterlo* (il delitto) non ad altro che al pravo consiglio possono riferirsi. Ma poichè in una legislazione sorta in un suolo di sì felici auspiej non è a presumersi che siansi confusi i meri principj morali di coscienza coi principj legislativi, teniamo per fermo, che il surriportato brano di legge contempli il consiglio *speciale ed istruttivo*, e non il consiglio *generico*, i cui effetti, come vedemmo nel §. II. di questo capitolo, sono d'influenza cotanto equivoca ed incerta sul risultato dell'offesa sociale, che l'umano legislatore non potrebbe farne in senso di giustizia politica il soggetto d'una sanzione penale. Nè questa nostra interpretazione ha punto del capriccioso e dell'arbitrario, perocchè il *facilitare o fortificare in altri la risoluzione di commettere il delitto* non può esser l'effetto d'una generica approvazione od esortazione, ma presuppone di necessità che all'uomo vacillante nel criminoso proposito dica il consigliatore cose tali, che gli mostrino il delitto o come più facilmente eseguibile o come più facilmente occultabile, o come produttore di un lucro più rimarchevole in pro dell'esecutore. È solo in questi modi, che si può *facilitare o fortificare* una risoluzione che vacilla. Una generica approvazione sarebbe inetta ad esercitare un'influenza sull'animo del meditante il delitto.

In quanto finalmente alla seconda fattispecie — *indicando o somministrando i mezzi di commetterlo, o agevolandone la esecuzione*, il Legislatore ha chiaramente compreso sotto que-

procacciano meritamente l'impunità, perchè la prima fa cessare ogni di lui influenza nel delitto, e la seconda fa scorgere palesemente in lui un cittadino momentaneamente traviato bensì, ma non destituito di probità, postochè, non potendo fare di meglio, impiega ogni sua possa per impedire che l'ordine sociale sia turbato.

Dicemmo a suo luogo che quando più persone si collegano fra loro per commettere tutti ad un tempo e col rispettivo concorso d'immediata azione un delitto, non è più questione di complicità, ma tutti divengono agenti principali (pag. 214.) Ora anche questo caso è stato preveduto dal Codice toscano nell' art. 59. §. 1., ove si dichiara che allora tutti sono considerati come coautori.

Nondimeno poichè potrebbe accadere che alcuno di questi non partecipasse neppure colla semplice presenza all' esecuzione del misfatto, doveva anche provvedersi a questo caso con applicarvi una diminuzione di pena. Difatti in tale fattispecie tutta la responsabilità penale del con-determinante il delitto si riduce ad un' influenza morale derivante dall' avere associata la sua volontà a quella degli altri, ma non fuvvi per di lui parte la influenza fisica nell' esecuzione del delitto, e perciò giusta i principj del conato gli si addice una minor pena. Così appunto statuisce il Codice nel §. 2. del citato art. 59. (1).

Finalmente era necessario in quest' importante materia di contemplare anche quella specie di favore che può prestarsi al delitto già commesso senza averne data prima intenzione, favore che pei già esposti principj (pag. 219.) non è complicità, ma può esser punito come delitto *sui generis*. Il Codice lo chiama *favoreggiamento*, e lo definisce — *il delitto di chiunque dopo il fatto, senza concerto anteriore al medesimo,*

(1) In tutte le disposizioni legislative fin qui riportate è meritevole di speciale considerazione il vedere, che con mirabile giustizia si fa sempre dipendere il più e il meno della pena dei cooperanti al delitto dalla maggiore o minore influenza, che *l'opera e la volontà* di essi ebbero nell' effettuazione dell' azione criminosa.

e senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori, scientemente ajuta il delinquente ad assicurare il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia. Art. 60. §. 1. La pena del favoreggiamento è del carcere fino a due anni, o ne' casi più leggeri di una multa fino a 100 lire, con dichiarazione però che nè l'una nè l'altra pena può eccedere il terzo di quella che si applica all'autore del delitto favoreggiato. Citato art. 60. §. 2.°

Non isfuggì da ultimo al toscano Legislatore il riguardo dovuto su questo argomento ai vincoli di famiglia, (vedi pag. 219. a 220.) e perciò Egli fu cauto di statuire che il favoreggiamento prestato solo *per proteggere la persona del delinquente*, rimane impunito fra i conjugi, fra i consanguinei od affini in linea retta fino a qualunque grado, fra i consanguinei od affini in linea collaterale fino al quarto grado civile inclusive, fra il padre e il figlio adottivo, e fra il tutore e il pupillo. Art. 61. — Su ciò giova il considerare che anche quel favore, il quale avesse per iscopo di nascondere un'arma insanguinatá, un oggetto furtivo o cose simili atte ad accrescere le prove contro il delinquente principale, sarebbe tutelato dall'umanissima e filosofica disposizione di questo articolo, perchè si tratterebbe sempre di favore diretto a proteggere la persona del delinquente.

§. V.

A compiere la materia di questo Capitolo ci resta ora ad esaminare se possa darsi *complicità negativa*, ossia costituita da atti di ommissione, vale a dire se il non frapporre impedimento all'altrui delitto faccia esser complice di esso chi è rimasto nell'inazione.

1.° La parola *impedire* significa *porre un ostacolo efficace*. Chi oppone un ostacolo, il quale ritarda, ma non toglie l'esecuzione dell'azione *non impedisce*: quindi il primo estremo presupposto nella ricerca sarà che l'azione ommessa fosse efficace a frastornar il delitto: quest'efficacia poi deve essere preconosciuta dall'ommittente.

2.° Niun'azione od ommissione è imputabile quando non

ha origine dalla volontà dell'uomo, ma dalla imperiosa forza delle circostanze: quindi il secondo estremo della ricerca sarà che il non impediente fosse in situazione di poter agire a repressione dell'azione criminosa, e che l'agire non lo esponesse a grave pericolo.

Gettati così i termini della questione passiamo a trattarla.

Se consultiamo la natura delle cose e l'esperienza, l'una e l'altra ci dettano che gli atti negativi generalmente parlando non sono un giusto argomento di adesione di volontà: ora l'inerzia, ora la verecondia, ora il timore ci fanno essere inattivi alla vista di un'azione che riproviamo: quindi il più delle volte manca nelle ommissioni il primo estremo della complicità. Ammesso poi per ipotesi che l'atto negativo fosse la conseguenza non equivoca d'una volontà aderente al delitto, resterà sempre a vedersi se l'atto stesso abbia avuto una vera influenza nell'azione criminosa, poichè se quest'influenza mancasse svanirebbe il secondo estremo della complicità. Finalmente ammesso ancora che l'atto negativo avesse renduto più audace il delinquente nell'esecuzione del delitto, sottentrerebbe la regola che le ommissioni generalmente parlando presumonsi colpose, e perciò l'ommittente dovrebbe considerarsi reo di un quasi-delitto e non di un delitto.

Narrasi che Amasi Re d'Egitto avesse fatta una legge (1), per la quale chi poteva soccorrere un cittadino ingiustamente aggredito e non lo facesse, veniva punito di morte. Questa sanzione violava tre canoni di legislazione secondo la premessa analisi.

Non potendo adunque un saggio Legislatore punire indistintamente tutti i non impedienti i delitti, e d'altronde essendo consentaneo al gran sistema della *prevenzione* il far sì che i delinquenti temano, se non in tutti casi, almeno in alcuni l'opposizione degli altri cittadini, è chiaro, che il Legislatore medesimo deve ricercare nell'indole particolare di alcuni delitti e nella qualità delle persone le norme onde punire la non

(1) Terrasson Istoria della Giur. Rom. Vol. 1.

opposizione alle azioni criminose. D'altronde siccome il punire i non impedienti il delitto sarebbe una funzione *imperativa* del magistero penale, così debbonsi su questo argomento richiamare i principj da noi spiegati nel §. VI. del capitolo primo.

L'indole del delitto consiglia a punir l'inazione di chi può e deve ovviarvi allorchè trattasi di quei misfatti che attaccano direttamente la sicurezza del corpo sociale. È noto che Solone fece una legge, la quale dichiarava infami tutti quelli, che insorta una sedizione non avessero preso un partito. Considerò quel saggio Legislatore che negli stati piccoli e di regime democratico, qual'era quello, per cui egli dettava la legge, le sedizioni sono sempre formate dalla maggior parte del popolo: considerò che i meno ambiziosi e i più saggi sono i più renitenti a prendervi parte, e che l'Indifferenza di questi poteva dar agio alla tumultuante moltitudine di venire a risoluzioni dannose al ben publico. Obligando adunque il minor numero a farsi o seguace od oppositore dei sediziosi, ne veniva in conseguenza che nel primo caso sarebbero state portate le cose ad un esito propizio al comun bene, nel secondo l'opposizione de' più saggi avrebbe soppressi od almeno temperati gl'inconsiderati desiderj della moltitudine. Fu già osservato da un grande Politico (1), che questa legge di Solone sarebbe pessima negli stati vasti. Noi dunque dobbiam ricorrere ad altri mezzi per eccitare i cittadini alla repressione di questi delitti. Alcuni propongono d'imporre mediante sanzione penale l'obligo ai cittadini di rivelare questa specie di delitti appena ne vengono in cognizione. Trattandosi però di una misura, la quale potrebbe far cadere la pena sopra un numero considerevole d'individui, debbono anteporsi molte considerazioni prima di risolversi ad adottarla. Se consultiamo la ragione, essa ci risponde che la semplice reticenza di un delitto di Stato è talvolta l'effetto di quell'invincibile interno sentimento che ci fa riguardar come infame la delazione (2), tal altra fiata è

(1) Montesquieu Esprit. des lois liv. XXIX. Chap. III.
(2) Carmign. Elem. Jur. Crim. Vol. 1. §. 240.

la conseguenza di un giusto timore d'esser vittima di uomini violenti e risoluti. Se consultiamo la convenienza politica, essa ci risponde che il trarre in carcere ottimi cittadini non d'altro rei che d'un involontario silenzio non giova a propagare quell'amore verso il governo, che è la più solida base dell'edificio sociale. Se consultiamo l'esperienza, essa ci addita che gli stessi Imperatori Arcadio ed Onorio nell'armarsi di una severità sorpassante i confini della giustizia contro i delitti di Stato, postergata la sanzione penale, preferirono quella del premio per indurre i cittadini a rivelare cotai delitti (*leg. 5. §. 7. cod. ad leg. Jul. majestatis*). Se consultiamo la storia, vi troviamo scritto che Temistocle essendo stato accusato di complicità nel delitto di Pausania, il quale tramava di dare in poter di Serse la Grecia, provò d'esserne stato meramente consapevole e fu assoluto dagli Efori sul riflesso, che non fosse in obligo di accusare l'amico (1). Vi troviamo scritto che Giustiniano nel reprimere quella terribile congiura che costò la vita a 30000 cittadini non permise che la semplice scienza di essa fosse attribuita a delitto a *Marcello* ed a *Germano* suoi Officiali di Corte (2), quantunque un secolo prima fosse stata pubblicata la famosa legge d'Arcadio e d'Onorio male interpretata da Bartolo. Vi troviam scritto in fine che *Sidonio Apollinare* letterato del secolo V. ed *Auxanio* non furono tradotti in giudizio benchè consapevoli della congiura di *Arvando*, di cui anzi fu loro permessa la difesa (3). Ma quando anche tutto ciò fosse un nulla, un solo riflesso basterebbe a persuadere un prudente Scrittore di non consigliare la punizione della reticenza de' delitti di Stato, cioè l'inconveniente politico che ne nasce, mentre volendo procedere contro i veri rei di questo delitto non si troveranno testimonj per convincerli, poichè niuno vorrà col deporre di questo crimine accusarsi reo di una reticenza qualificata per delitto e così esporsi

(1) Diod. Sicul. lib. XI. pag. 269. Edit. Stephanio.
(2) Procop. lib. I.
(3) Sidon. Apoll. Epist. 7. lib. I.

ad una pena. Un mezzo dunque immaginato per prevenire il misfatto servirà anzi a favorirne il mistero e l'occultazione (1). Serviamoci adunque piuttosto del braccio che della voce dei cittadini, moltiplichiamo i vincoli che li legano al Governo, eccitiamo lo zelo de' Magistrati (la cui inazione sarà sempre in questo caso rigorosamente punibile) ad una vigilanza indefessa e costante, e quando per un' avversa sorte la nazione si vedesse minacciata dall' ambizione o dal fanatismo, non diffidiamo dell' ordine provvidenziale, onde si reggono le nazioni, e persuadiamoci che se la violenza può comprimere per alcun tempo il buon senso de' popoli, questo riacquista tardi o tosto il suo impero, perchè l' illusione può bensì dominare l' intelletto di pochi od anche di molti, ma non mai del maggior numero e molto meno di tutti.

L' indole del delitto consiglia pure a punire i non impedienti il misfatto allorchè trattasi di falsa moneta. È questa un' azione che esige tanti preparativi, tanta lunghezza di operazioni, tanta diuturnità di fatiche, che più d' ogni altra è facile ad essere frastornata, impedita. Così per esempio il locatore conscio che in propria casa si conia la falsa moneta, se non espelle il monetario falso vien giustamente punito *leg. 1. cod. de fals. mon.* L' indole finalmente del delitto può consigliare una speciale sanzione nel parricidio proprio, mentre la società di famiglia è così inviolabile, e la vita del padre è sì sacrosanta, che il figlio conscio delle insidie tramate alla vita del genitore merta una congrua pena se ommette di rivelarle all' autor de' suoi giorni. *Leg. 2. ff. ad leg. Pomp. de parricidiis.* Questa rivelazione non è una delazione: è un soccorso di difesa dovuto al paterno capo.

(1) Per questa imponente ragione, qualora si credessero superabili tutte le antecedenti riflessioni, e si trovasse di assoluta necessità politica il punire la reticenza dei delitti di Stato, converrebbe esser cauti di stabilire l' impunità a pro di quelli, che avendo omessa la prescritta rivelazione ed essendo poi stati chiamati a deporre come testimonii contro i rei di Stato, abbiano palesato con pura fede e coscienza tutto ciò che era a loro cognizione.

La qualità di talune persone, in quanto è rivestita nello stato politico-naturale di un' autorità, sembra esigere una particolare sanzione del Legislatore per far convergere l' autorità stessa alla repressione de' delitti dei dipendenti. Ciò si verifica nel padre verso i figli, nel padrone verso i servi, nel Magistrato verso i soggetti. In quanto al primo è totalmente consentaneo al diritto costituendo, che un padre rimasto inattivo al delitto del figlio, cui poteva ovviare, venga punito, purchè però 1.° questa regola venga circoscritta ad un certo periodo di età da stabilirsi dalla legge, entro il quale la patria potestà debba essere più effrenata: 2.° non si dimentichi la presunzione di colpa inerente a tutte le omissioni per non eccedere nella misura della pena il limite di repressione proprio del quasi-delitto. Una pari sanzione potrebbe astringere il padrone all' impedimento dei delitti dei servi, se non che qui conviene procedere con maggiore cautela riflettendo che l' autorità dei padroni è in oggi circoscritta da quella libertà che ha il servo di dimettersi dal servizio. In quanto poi al Magistrato, se questo era destinato appunto dalla legge a prevenire i delitti, se avendo in mano i mezzi opportuni onde impedirli, non lo ha fatto, deve cessare la generale presunzione di colpa, e sottentrare quella di dolo in modo da renderlo responsabile de' misfatti, ai quali, potendo, non ha ovviato (1).

Fin qui del diritto costituendo; ora passiamo a parlare del diritto costituito. Cominciamo dalle sanzioni generali. Ci si presenta prima di tutte la *leg. 50. ff. de regul. juris* così espressa — *culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.* — Da questa legge alcuni per la regola de' contrarj dedussero l' assioma — *qui scit, et prohibere potest, culpa non caret* —, e così s' innoltrarono poi a sostenere che chiunque può impedire un delitto e non l' impedisce contrae la responsabilità del delitto stesso. Ma contro questo ragionamento il chiarissimo professor Carmignani adduce tre osservazioni: 1.° che l' argomento *a contrario sensu* non è sempre un buon modo di ar-

(1) Carmig Elem Jur. Crim. Vol. 1. § 239. Veggasi a completa dimostrazione di questa verità il lib. II. part. I. cap. IV. §. II.

gomentazione: 2.° che quand' anche nel caso in questione fosse valido a conchiudere che *qui scit et prohibere potest culpa non caret*, questa espressione non induce una responsabilità penale nel non proibente, ma piuttosto una responsabilità civile per la rifazione de' danni arrecati dal delitto: 3.° Che la detta legge 50 è desunta dall' editto perpetuo, il quale aveva relazione alle materie civili, e perciò si tratterebbe sempre di massima non applicabile per gli effetti penali.

Viene in secondo luogo *la leg. 109. ff. eodem*, ove leggesi — *nullum crimen patitur qui non prohibet, cum prohibere non potest.* — Ma oltrechè anche qui possono applicarsi il 1.° e 3.° dei riflessi fatti dal Professore pisano, poichè converrebbe pur ricorrere alla regola de' contrarj per convertir questa legge in una sanzione penale, e perchè anche questo testo è tratto dall' editto perpetuo, concorre di più che gl' Interpreti non sono concordi nè sulla lezione del testo, nè sulla interpretazione di esso. Sulla lezione, poichè alcune edizioni portano il 2.° *non*, altre non lo portano. Sull' interpretazione, poichè chi ne deduce l' assioma della responsabilità civile in colui che non proibisce il delitto potendo, chi la regola della non imputabilità d' una azione ommessa per coazione, chi finalmente (escludendo il 2.° *non*) ne trae il principio che non possa agire d' ingiuria quegli che consenti o espressamente o tacitamente all' ingiuria stessa, massima stoica, ma ricevuta presso i Romani (1).

Se adunque in generale non era massima del diritto romano l' assoggettare alla responsabilità penale chi non impediva il delitto potendo, vediamo se vi fossero in proposito delle particolari sanzioni per alcuni speciali delitti. Il Renazzi ha creduto che nei delitti di falsa moneta, ratto, parricidio, lesa maestà fosse massima costante della romana legislazione l' assoggettare i non impedienti cotali azioni criminose alla pena degli autori principali. Si è peraltro ingannato, poichè se si eccettua il delitto di falsa moneta, in cui giusta la *leg. 9. ff.*

(1) Gothofred. in Pandect. ad dictam leg.

l'offesa che gli viene fatta, o finalmente consenziente all'offesa medesima; e che in ciascuno di questi tre casi può a primo aspetto sembrare che il danno sia nullo o quasi nullo; e quindi può sorgere il dubbio se in alcuno di essi svanisca la imputabilità politica dell'azione.

Esposta così la questione, giova l'osservare 1.° che gli esseri non senzienti l'ingiuria, e su cui può cadere il delitto, sono i defonti, 2.° che quelli incapaci di comprenderla sono il feto, l'infante di fresco nato, il dormiente ed il furioso; sui quali potrebbe osservarsi che siccome l'attenzione al dolor fisico genera il tedio, che è un dolore morale, e rende più viva l'impressione del primo, è indubitato esser tanto meno grave la sensazione dolorosa, quanto meno la fantasia vi aggiunge il prestigio dell'immaginazione, 3.° che fra i consenzienti all'ingiuria può rettamente annoverarsi anche il suicida. Premessa così la divisione della materia entriamo gradatamente a discuterla.

§. II.

Le leggi romane ci presentano un titolo *de sepulchro violato*, ove oltre il proibirsi di scompigliare i funerali, d'impedire il seppellimento di alcuno e cose simili, vietasi con ispeciale rigore l'aprire i sepolcri, estrarre i corpi o le ossa de' defonti sotto la comminatoria ai più volgari dell'estremo supplizio, ai meno volgari della deportazione. *Leg. ult. ff. de sepulchro violato.* E chiunque voglia aprire le antiche storie vedrà presso ogni colta nazione essersi riputato degno di lode chi ai defonti prestava gli estremi ufficj, e tenuto in conto di empio e sacrilego chi i sepolcri devastava, e le reliquie dei morti disperdeva: tanto è universalmente sentita la verità che c'insegna non esser noi pura materia, nè cessare colla soluzione del corpo la nostra esistenza. Platone al riferire di Laerzio distingueva tre generi di giustizia, ed insegnava la prima esercitarsi verso gli Dei, la seconda verso gli uomini, la terza verso i defonti col rendere ad essi gli ultimi officj e coll'onorare la loro memoria. Così la voce dei Filosofi con-

CAPITOLO VIII.

Se il soggetto passivo del delitto possa mai offrire un motivo politico capace di togliere l'imputabilità dell'offesa.

SOMMARIO

§. 1.

Alcuni criminali Scrittori, fra i quali l'Anton Matteo ed il Renazzi, destinarono un capitolo alla ricerca » *adversus quos* » *crimina committi possint* ». Ma esposta la tesi in questi termini, non può offrire argomento di disputa, poichè è troppo noto, e fu da noi a suo luogo avvertito, che il soggetto passivo del delitto è sempre la Società ed i suoi membri, sia che l'effetto di esso percuota *immediatamente* uno o più di questi, ricadendo poi *mediatamente* su quella, sia che l'intiera persona morale della Società sia *immediatamente* offesa. Sembra dunque più ragionevole il ricercare se la situazione, in cui può trovarsi il soggetto *immediatamente* passivo dell'azione, possa mai offrire un motivo politico per escludere la punibilità dell'azione medesima. La quale ricerca non può parer frivola, se si riflette che un elemento costitutivo del delitto è il danno, che questo danno può cadere immediatamente su di un Essere o privo affatto di senso, o incapace di comprendere

corse ad assodare ne' popoli un'opinione, che il sentimento dell'umana dignità rende universale. Ma l'entità di un'offesa che viola il rispetto dovuto ai defonti, dovrà forse misurarsi dal niun senso di questi? Puerilità sarebbe questa indegna di un Legislatore. Quando si viola un sepolcro, quando vien dissotterrato un cadavere, quando si distrugge un monumento inalzato a'la memoria di un defonto, è la Società che risente l'offesa nel primo e secondo caso per la Religione violata, nell'ultimo perchè troppo interessa alla propagazione della virtù nazionale, in cui consiste il nerbo maggiore degli Stati, che sia renduto omaggio alle gloriose azioni de' trapassati, affinchè il nobile incitamento che il loro esempio arrecava non perisca con essi. E volesse pure il cielo che un integerrimo magistrato che tenne con sommo zelo ed onestà una gelosa carica, un soldato che col suo coraggio salvò la patria, un filosofo che colle sue meditazioni recò più ampio splendore alle arti e alle scienze, un Levita che con atti eroici d'istruzione e di carità fece signoreggiare ne' cuori più restii le sagrosante verità del Vangelo, e simili benemeriti uomini non avessero tomba comune col volgo, ma riposte le loro ceneri in luogo più cospicuo e più degno servissero ad eternare nei posteri l'emulazione! Non ignoro che in alcune distinte città d'Italia e d'oltremonti ciò suole praticarsi; ma le istituzioni utili al vero bene della grande umana famiglia non debbono essere unicamente ad alcune nazioni o ad alcuni luoghi circoscritte. Conchiudiamo intanto che in quelle azioni, che si commettono contro i defonti, il soggetto passivo del delitto è la persona morale della Società, e perciò il niun senso di essi non costituisce un motivo politico per escludere l'imputabilità dell'azione. Vedremo poi nel quarto libro che i delitti che si commettono contro i defonti appartengono per lo più alla categoria di quelli che diconsi di lesa Religione.

Noi abbiam posto il feto fra gli esseri che non s'avvedono dell'offesa. I romani giureconsulti lo stimavano privo di senso. Chi amasse esplorar l'origine di questo errore dovrebbe rintracciarla nelle dottrine della scuola stoica, a cui per lungo

tempo ligi furono que' giureconsulti. Tertulliano riferisce l'opinione degli Stoici riguardo al feto in questi termini » non in » utero concipi animam, nec cum carnis figulatione compingi, » atque produci, sed effuso jam partu, vivo infanti extrinsecus » imprimi » (1). Foggiato il Diritto romano su tal principio riguardava ciò che commettevasi contro il feto come commesso *in brutam materiam*. Ecco perchè in questa oscitanza e vergognosa tolleranza della legge insorse sì grave corruttela di costumi sulla dispersione dei feti, che Giovenale (2) ed Ovidio (3) ne fecero argomento di censura ai loro tempi. Che se gl'Imperatori Vero ed Antonino ingiunsero la pena dell'esilio temporaneo ad una donna che procurò a se stessa l'aborto, non è già perchè credessero aver essa distrutto un essere vivente, ma sibbene perchè, come osserva il G. C. Marciano, » indi- » gnum videri potest impune eam maritum liberis fraudasse » *leg. 4. ff. de extraord. crimin.*; ragione che vien ripetuta da Trifonino nella *leg. Cicero ff. de poenis*. Nè altrimenti deve interpretarsi la *leg. 8. ff. ad leq. Corn. de sicariis* analoga nella sua sanzione alle suddette (4). Che più? Quello stesso diritto accordato ai mariti di fare istanza al Pretore per l'apposizione di un custode al ventre pregnante della moglie assente dalla casa maritale, ci persuade che in difetto di tale istanza le leggi non prendevano sotto la loro protezione il feto, come avrebbero indubbiamente fatto, se in esso ravvisato avessero un ente animato; anzi Ulpiano nella *leg. 1. ff. de inspiciendo ventre, custodiendoque partu* non ha difficoltà di dire — *partus enim antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum*, tanto era imbevuto della dottrina stoica su questo argomento. L'unica legge che parrebbe opporsi al sin qui detto è la 39.

(1) De anima Cap. 25.

(2) Satyr. 6.

(3) Lib. 2. Amor. eleg. 14.

(4) Ecco le parole della legge — *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit: eam in exilium Praeses provinciae exiget.*

ff. de poenis, ove sull' autorità di Cicerone *pro Cluent.* si narra, che una donna di Mileto, oggi Melasso in Asia, fu condannata alla morte, perchè prezzolata dai secondi eredi fece violenza al proprio ventre e distrusse il feto, affinchè l'eredità che al suo parto sarebbe spettata ricadesse nei mandanti del turpe delitto; ma se si riflette 1.° che nel suddetto caso trattavasi del delitto di usurpata eredità a danno di una famiglia, 2.° che quella condanna fu emanata in Mileto che come colonia degli Ateniesi reggevasi colle leggi di Atene, ove l'aborticidio era parificato all'omicidio (1), non si avrà difficoltà di conchiudere che l'opinione de' romani GG. CC. intorno al feto era precisamente quella degli Stoici; lo che ha dato luogo alla questione se il feto possa essere soggetto passivo di un delitto.

Nè osta al sin qui detto la diversa opinione di Anton Matteo, perchè quest' interprete altronde dottissimo mosso da aborrimento contro un delitto che viola la propagazione della specie e favorisce il libertinaggio, ha posto a tortura il proprio ingegno per dare alle leggi romane un senso che non hanno: tanto è vero che anche nelle Scienze le passioni eziandio più giuste nuocono alla scoperta della verità. Egli propone la questione se l'aborticidio sia un delitto pubblico da punirsi colla *legge Cornelia de sicariis*, oppure un delitto straordinario da espiarsi col temporaneo esilio, come insegnò il G. C. Marciano nella *leg. 4. ff. de extraordinar. crimin.*, e difende la prima opinione con tre principali argomenti, cioè 1.° coll'autorità di Ulpiano nella *legge 8. ff. ad leg. Corn. de sicariis* testè riportata. Ma mentre per una parte il passo di Marciano non lascia luogo ad interpretazione sì per la rubrica sotto cui è posto, sì per la chiara espressione *temporale exilium*, per l'altra non può dirsi che quel d'Ulpiano formi antinomia, poichè quell'*eam in exilium Praeses Provinciae exiget* nè esclude la temporaneità della pena, nè l'arbitrio del Giudice applicabile per massima a tutti i delitti straordinarj. Che se

(1) Nani ad Anton Matt. ad lib 47. Dig. tit. V. cap. V. nota 1. Noodt de partus expositione ac nece quoad veteres cap. XI.

Ulpiano avesse ritenuto punibile l'aborticidio colla legge Cornelia *de sicariis*, non avrebbe fatto parola di esilio, ma bensl di deportazione o di morte, poichè come osserva il Nani e come apparisce dalla legge *qui caedem ff. eod.* ai tempi di quel G. C. la pena della legge Cornelia non era più l'interdizione dell'acqua e del fuoco, ma bensl la deportazione o la morte giusta la condizione del delinquente. Il secondo argomento presume dedurlo dalla *legge 38. ff. de poenis* così espressa » qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi » dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humi» liores in metallum damnantur, honestiores in insulam amissa » parte bonorum relegantur: quod si ex eo mulier aut homo » perierit, summo supplicio afficiuntur ». Pretende egli che quell' *homo* debba riferirsi al feto formato, cosa da lui solo immaginata, perchè tutti gli altri interpreti la riferiscono all'uomo, cui vien dato il poculo amatorio; e per verità Paulo non avrebbe mai detto *etsi dolo non faciant*, se non fosse stato persuaso che la distruzione di un feto equivalesse alla distruzione di una bruta materia (1). Il terzo argomento lo fa discendere dalle sacre Carte, ove attenendosi alla Versione de' LXX. espone il versic. 22. cap. 21. dell'Esodo in questi termini » si rixati fuerint viri, et percusserint mulierem » praegnantem, exieritque foetus ejus; siquidem informis, » multa multabitur percussor, si vero jam formatus dabit » animam pro anima ». Ma la Volgata, di cui si vale la Chiesa, parla così » si rixati fuerint viri, et percusserit quis » mulierem praegnantem, et abortivum quidem fecerit, sed » ipsa vixerit: subjacebit damno quantum maritus mulieris » expetierit, et arbitri judicaverint. Sin autem mors ejus fue» rit subsecuta reddet animam pro anima ». Cosicchè nè anche le sacre pagine favoriscono la sentenza di Anton Matteo. Lascio di esporre gli altri accessorj argomenti che l'Autore si

(1) Veggasi il Nani ad Anton Matt. lib. 47. tit. 5. cap. 1. nota 1. ove difende questa opinione con dovizia di scelte autorità e di sensati giurisprudenziali ragionamenti.

sforza di dedurre da S. Agostino e da Galeno, ambedue rispettabili, ma non sicura scorta per l'intelligenza delle leggi romane. Mio scopo era di prevenire l'obbiezione che poteva farmi il lettore sull'autorità di un così rinomato interprete, e per questo scopo parmi aver detto abbastanza.

I Peripatetici pretesero di correggere l'opinione degli Stoici, ma anch'eglino caddero in errori. Riponendo nel moto la vitalità del feto, ed osservando che il feto maschile si fa sentire più presto del femmineo, insegnarono animarsi il primo circa il quarantesimo giorno, il secondo circa il settuagesimo, ottuagesimo ed anche nonagesimo dal suo concepimento. Di qui nacque la distinzione di feto animato e non animato, distinzione che lungi dal giovare alla Scienza produsse molte perplessità e dispute intorno all'epoca dell'animazione, di cui varj variamente sentirono, e lasciò sussister l'errore di credere che l'aborticidio nelle prime epoche del concepimento fosse azione immune dalla criminale censura. Gli odierni progressi della Medicina legale hanno fatto conoscere che il feto è animato fin dall'epoca del suo concepimento, e quest'opinione abbracciata e difesa da molti celebri autori riferiti dal Puccinotti nella lodata sua opera, viene a risolvere in senso affermativo la questione se il feto possa essere il soggetto passivo di un delitto. Posta la quale risoluzione rimarrebbe unicamente a vedersi se alcuna differenza politica debba frapporsi fra l'aborticidio e l'omicidio, e se qualunque embrione che non presenta traccia di membra umane possa costituire il corpo di delitto nell'aborticidio; ma per amor dell'ordine siamo costretti di riserbare questi due argomenti al lib. IV. destinato a trattare dei delitti in ispecie.

Or che diremo degli infanti di fresco nati, dei dormienti, dei pazzi, i quali mentre soffrono l'ingiuria non la comprendono? 1.° Vi hanno nell'uomo dei diritti che sono talmente inerenti alla sua natura che appena egli incomincia ad appartenere alla specie umana esistono realmente in lui: sono questi il diritto di conservazione e quello d'inviolabilità, di cui facemmo menzione nel primo capitolo. I Giuspubblicisti per distin-

guerli dagli altri li chiamano diritti *connati*. 2.° Lo scopo indeclinabile della Società è la conservazione ed il perfezionamento de' suoi membri: per ottenere questo intento ella deve guarentirli tutti indistintamente, nè la mancanza o sospensione del discernimento può far sì che il cittadino rimanga spogliato de' suoi diritti; chè anzi, ove egli per fragilità o imperfezione de' suoi organi non sia in grado di sopravvedere alla propria tutela, cresce l'obligo nella Società di guarentirlo da ogni offesa. Questi due principj che discendono immediatamente dal diritto politico-naturale, e che per parità di ragione possono applicarsi anche al feto, ci portano a conchiudere che anche gli infanti di fresco nati, anche i dormienti, anche i pazzi possono essere soggetto passivo dei delitti. I GG. CC. romani risolvevano nel modo stesso la questione, contentandosi però di dire che l'ingiuria deve misurarsi dall'affetto di chi la fa, non di chi la soffre, e che perciò anche gli infanti ed i furiosi benchè non commettano il delitto possono però soffrirlo (1).

§. III.

Aristotile nel lib. IV. dell'etica insegnò » volenti et consentienti non fieri injuriam ». Questa massima troppo ampiamente abbracciata dai romani GG. CC. ha fatto dire ad Ulpiano nella *leg. 1. ff. de injuriis* » Usque adeo autem injuria, quae » fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi » volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine » competat injuriarum actio: filii vero nomine non competat, » quia nulla injuria est, quae in volentem fiat ». Sarà dunque vero sempre ed in ogni caso che il consenso dell'ingiuriato autorizzi l'ingiuria, e perciò esima l'ingiuriante da ogni responsabità penale? Noi non avrem d'uopo di molti argomenti per risolvere la presente questione. Basta il richiamare la distinzione che facemmo dei diritti dell'uomo nel cap. 1.° dividendoli in *inalienabili* ed *alienabili*. Quando trattisi dei primi

(1) Così Ulpiano nella leg. 3. ff *de injuriis*.

il consenso dell' ingiuriato non toglierà mai all' azione la caratteristica di delitto: l' opposto avverrà nel caso dei secondi. Difatti il Filosofo di Stagira nel luogo accennato cita l' esempio di Glauco che non soffrì alcuna ingiuria da Diomede cangiando la propria armatura d' oro in quella di rame, di cui andava quel forte re armato. Qual meraviglia? Trattavasi di un diritto di proprietà reale, al quale Glauco poteva a suo libito rinunciare. Ma gli uccisori di Bruto e Cassio non poterono senza delitto dar opera all' omicidio di quo' due Romani, benchè a loro istanza il facessero; lo che fece dire con troppo ardita frase all' elegante istorico Floro » ad ultimum non suis ma-
» nibus usos .... ne violarent manus, sed in abolitione
» sanctissimarum pientissimarumque animarum judicio suo,
» scelere alieno uterentur ». Rer. Roman. lib. 4. Cap. 7.

§. IV.

Fra i consenzienti all' offesa ponemmo il suicida; nè senza ragione. La questione intorno al suicidio può essere trattata sotto il duplice aspetto della morale e della politica. Se il primo fosse di nostro istituto, non ci faremmo certamente imporre dai sofismi dell' Abate di S. Cirano lodato dal Voltaire per avere con acume d' ingegno difeso il suicidio. Difatti il dire che come l' autorità pubblica può disporre della nostra vita pel bene di tutti, perchè sta in luogo di Dio, così la ragione dell' uomo essendo un raggio dell' eterna luce sta parimenti in luogo di Dio per decidere della nostra vita o della nostra morte, è un paragone, in cui i termini sono troppo disparati per costituire un valido argomento. Imperciocchè si potrebbe in primo luogo domandare all' Abate di S. Cirano se il vantaggio di salvare tutti col sacrificio di un solo, vantaggio, che rendette eroica e lodata l' azione de' Codri e de' Curzi, si verifichi egualmente allorquando uno toglie a se medesimo la vita perchè una tetra melanconia gli rende pesante l' esistenza. In secondo luogo si potrebbe pur chiedergli se in un uomo, cui la passione rende talmente abbacinato da superare

quel forte vincolo, che ci unisce alla vita, sia limpida la ragione a segno da formar retto giudizio, e se tale sia quello, per cui si viola una legge divina per fuggir le miserie della vita. Ma noi non vogliamo usurpar la messe de' moralisti, e ci contenteremo per appendice di osservare che la purissima morale evangelica condanna il suicidio.

In quanto all' aspetto politico della questione due dubbj si presenterebbero a risolvere: il primo se il concorso di azione e passione nel medesimo soggetto tolga la natura del delitto, alla qual cosa si potrebbe rispondere colla distinzione dei diritti alienabili dagli inalienabili: il secondo se nel suicida concorra il dolo, senza il quale non può concepirsi delitto. Ma sono esse assolutamente essenziali queste due ricerche? Può mai il Politico disputare sull'imputabilità di un'azione quando manca il soggetto a cui dirigere l'imputazione, a cui applicare la pena? Certo che no. Corregga dunque la Società i pregiudizj che talvolta fomentano questa detestabile azione, adotti pure il temperamento politico suggerito da Platone nel dialogo *IX. de legibus* ed encomiato dal Pastoret di denegare gli onori funebri al suicida, di destinargli un tumulo abbietto, dimostri così aver più in onore chi da forte sopporta le sventure dell' umana vita di colui che per isfuggire ad esse emigra dalla patria e sparge la desolazione ed il lutto nella propria famiglia; ma non abbracci l'assurdo di punire ove manca il soggetto passivo della pena e col togliere ai congiunti i beni ereditarj del suicida aggiungere afflizione agli afflitti. Contro quest' assurdo insorse già la voce di due filosofi benemeriti dell' umanità Beccaria e Filangeri. Io aggiungo il mio debol voto alla loro sentenza.

Ma dopo aver risoluta così la questione ai termini del diritto costituendo è pur necessario sapere che cosa disponga il diritto costituito su questa materia. Imperciocchè tanto ne' Digesti quanto nel codice abbiamo delle sanzioni sul suicidio che non lice ignorare, e che meritano qualche schiarimento per essere rettamente intese. E poichè non poche fra le massime de' RR. GG. ebbero origine dai principj della Setta stoica, co-

minceremo dal premettere, che questi filosofi allontanandosi dal savio insegnamento di Pitagora che dichiarò assolutamente illecito il suicidio, abbracciarono l'erronea sentenza di creder lecito il torre a se stesso la vita, ogni qualvolta ciò potesse farsi senza altrui ingiuria. Questa massima abbracciata giusta il parere di molti Scrittori da tutti i romani GG. CC. e secondo il Cremani dai soli *Proculejani*, fece sì che il suicidio in Roma fosse per lungo tempo non solo immune da ogni penale censura, ma anche secondo i casi lodato; e se sotto gl'Imperadori comparvero delle sanzioni contro il suicidio, queste furono circoscritte alla condizione che il medesimo o nel suo tentativo, o nella sua consumazione ridondasse a danno sia de' cittadini, sia della republica, sia del fisco. Il primo caso si aveva quando il servo tentava di uccidere se medesimo, perchè l'azione racchiudeva in atto o in potenza l'effetto di fraudare il padrone delle opere. Un tal servo viene da Ulpiano nella leg. 23. §. 3. *ff. de aedilitio edicto* chiamato *servus malus;* ma se da questo testo possa dedursi che venisse punito, non oserei asserirlo di fronte alla leg. 9. §. 7. *ff. de peculio*, ove lo stesso Ulpiano dice — *licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus saevire.* Il secondo caso verificavasi quando un soldato tentava di uccidersi, contro il quale tanto la leg. 38. §. ult. *ff. de poenis*, quanto la legge *6.* §. *7. ff. de re militari* stabilivano, che se lo avesse fatto o per impazienza del dolore, o per tedio della vita, o per malattia, o per furore, o per pudore fosse con ignominia congedato, altrimenti, se niuna di tali cause fosse concorsa, punito di morte. Il terzo caso nasceva quando un cittadino accusato di un misfatto capitale, o sorpreso in flagrante delitto di tal natura, dava a se stesso la morte. Per intender la qual cosa, è d'uopo premettere, che ai tempi di Tiberio era tant'oltre giunta l'avidità degli Imperadori romani, che ogni condanna capitale sia di morte sia di deportazione andava congiunta colla confisca; ma per altro era invalsa la massima che se taluno moriva prima della condanna valeva il di lui testamento: il perchè chiunque di delitto capitale udivasi accusato, o veniva *in flagranti* sorpreso, s'appigliava al par-

tito di torre a se stesso la vita prima di essere giudicato, per non lasciar spogliati de' beni i proprj eredi (1). Tanto è vero che le cattive leggi ascondono talvolta in se stesse il germe di nuovi delitti. Ma gl' Imperadori successi a Tiberio videro di mala voglia che il suicidio fosse un mezzo per istornare la confisca dei beni, e ciò diede luogo a quelle sanzioni che leggonsi tanto nei Digesti quanto nel Codice sotto il titolo *de bonis eorum, qui ante sententiam mortem sibi consciverint.* Delle quali sanzioni essendo tale lo spirito qual fu da noi dimostrato, niuno esiterà a credere, che se il delitto non era fra i punibili di pena capitale, non venivano al suicida tolti i beni: chè anzi secondo l' umano insegnamento di Marciano anche l'accusato di delitto capitale se uccidevasi per veemenza di dolore morale o fisico non era spogliato de' beni, come accadde in quel padre che accusato di aver ucciso il figlio si trafisse pel dolore d' averlo perduto (2).

Tali adunque erano le sanzioni del Diritto romano rapporto al suicidio. Dal che si comprenderà quanto grandemente errarono quei prammatici Scrittori, che portarono opinione doversi il suicidio a' termini del Diritto comune punire colla confisca de' beni; poichè l' aver impedito colla legge *de bonis eorum etc.* che il suicidio fosse un mezzo per evitare la confisca, era bensì la conseguenza di una cattiva legge precedente, ma era tutt' altra cosa che l' enorme ingiustizia di confiscare i beni di qualunque suicida; sanzione giustamente detestata dal Filangeri non solo come iniqua ma anche come inefficace. In una parola la confisca de' beni, che i Romani applicavano al suicida sottoposto a capitale accusa, non era la pena del suicidio ma del delitto antecedente al suicidio medesimo. E tanto è ciò vero che se gli eredi del suicida erano disposti ad assumere la di lui difesa per dimostrarlo innocente

(1) Ne fa fede Tacito nel 6 degli Annali in questi termini — *eorum qui de se statuebant, humabantur corpora, manebant testamenta, pretium festinandi.*

(2) Leg. 3. §. 5. Dig. *de bonis eorum, qui etc.*

del delitto, per cui era stato accusato, non si confiscavano i beni se non nel caso che l'accusatore riuscisse a provare l'accusa. *Leg. ult. §. ult. ff. eod.*

Nè questo fu il solo errore, cui diede luogo la mala intelligenza delle leggi romane sul suicidio. Si prese abbaglio anche rapporto al conato di quest'azione, sino al punto di credere che la pena di morte sanzionata, come vedemmo, contro i militari, che senza causa scusante tentavano d'uccidersi, fosse comune a tutti gli altri cittadini attentanti il suicidio. Di questa strana massima si credette trovare un fondamento in un responso di Marciano riportato nella *leg. 3. Dig. hoc tit.*, ove questo G. C. dopo aver proposto il quesito *an is, qui sibi manus intulit, et non perpetravit debeat puniri quasi de se sententiam tulisset*, risponde » *omnimodo puniendus, nisi taedio vitae vel impatientia doloris alicujus coactus est hoc facere. Et merito si sine causa sibi manus intulit puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parcet.* Chiunque senza il sussidio della critica storica prende a leggere questo testo può cadere nel fallo di credere, che Marciano con quelle parole *an debeat puniri* proponesse il dubbio se dovesse punirsi il tentativo del suicidio, e può trovar ripugnanza a persuadersi con maggior verità che quel G. C. pose realmente in questione la punizione del precedente delitto commesso dall'attentante il suicidio qualora ne fosse stata dubbia la prova. Consultiamo però la storia della giurisprudenza e tutto rimane chiarito. Il suicidio impediva la pronuncia della sentenza contro il reo di delitto capitale, perchè la morte perime l'azion penale: perento il giudizio non poteva aver luogo la confisca de' beni, perchè mancava l'atto publico che legittimamente canonizzasse la sussistenza della reità nell'accusato; e perciò Tacito scrisse *eorum qui de se statuebant . . . . manebant testamenta.* Gl'imperadori per ovviare a ciò stabilirono che il suicidio commesso non per tedio della vita non per impazienza d'alcun dolore, ma per evitare la confisca dei beni, cioè *conscientia sceleris*, dovesse aversi in conto di una tacita confessione del delitto, confessione, che giusta l'indole

del processo accusatorio esonera l'accusatore dal peso di provare il delitto (1); e così pretesero di giustificar la confisca, che si applicava al suicida quale accessoria pena del delitto capitale da lui precedentemente commesso, e ciò non già in forza di sentenza che più non potevasi pronunciare ma in virtù della tacita confessione costituita dal suicidio. Ora Marciano propose appunto il dubbio sullo attentante il suicidio *an debeat puniri quasi de se sententiam tulisset*, cioè come colui, che col tentar d'uccidersi senza alcuna delle cause scusanti indicate dalla legge, veniva a dichiarar se stesso meritevole della pena capitale e così a confessare il delitto e a giudicarsi da se medesimo. Perciò risponde *OMNIMODO puniendus est*, cioè sia che l'accusatore avesse già addotte sufficienti prove del precedente delitto sia che non le avesse addotte. Soggiunse poi *qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parcet*, cioè chi ha potuto attentare ai proprj giorni, avrà più facilmente potuto commettere il delitto capitale, di cui è accusato. Se mai alcuno dubitasse di questa nostra interpretazione legga il principio della legge che commentiamo, e vi troverà — *Papinianus rescripsit*: *ut qui rei criminis non postulati, manus sibi intulerint, bona eorum fisco non vindicentur*: *non enim facti sceleritatem* (cioè del suicidio) *esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo VELUT CONFESSO teneri placuit.*

Ma abbandoniamo il Diritto romano, e consultiamo ciò che la sana ragione detta sul conato di suicidio. Se la minaccia della pena è istituita per rimovere i cittadini da una tal data azione, qual più enorme assurdo che minacciare per castigo l'esecuzione di quello stesso, che l'uomo in procinto di delinquere desidera, quello stesso a cui la sua passione criminosa il trascina? La legge che punisce il Conato di suicidio colla morte parla in questo modo: » *Cittadini rispettate il*

(1) Veggasi il lib. III. al tratt. III. cap. 1. §. III., ed al tratt. IV. cap. III. §. I.

» *vincolo che vi lega alla vita, e non cercate d'infrangerlo:* » *ma sappiate che se tenterete il suicidio, e rimarrà il vo-* » *stro colpo frustrato, la legge compirà l'opera da voi inco-* » *minciata.* L'uomo poi, cui il furore d'una passione, il timore dell'ignominia, o la tetra larva della disperazione farà odiare la vita, appena accolta in seno la ferale determinazione di uccidersi, studierà tutti i mezzi perchè la sua impresa non rimanga delusa di effetto, e porrà ogni suo studio nello sceglicre il colpo più sicuro onde uscir di vita, per non esser vittima della scure del carnefice. Una tale sanzione presenta l'orrendo effetto di chiudere persino l'adito al pentimento.

Per me opino, che l'attentante il suicidio meriti la sorveglianza del Magistrato politico, il conforto de' buoni, gli amorosi consigli d'uomo autorevole per dottrina e religione, ma non mai una pena, la cui minaccia non potrebbe che spingerlo ad attentare con maggiore fierezza alla propria esistenza. E col dovuto rispetto alle leggi veglianti amerei, che *quella detenzione sotto sorveglianza da uno ai tre anni* decretata nell'art. 317. del Regolamento contro chi si ferisce per uccidersi, fosse più ristretta nella sua estensione e consistesse in una mera custodia scevra da ogni durezza e squallore per chi vi andasse soggetto.

Terminerò questo argomento del suicidio colle riflessioni, che un grande Politico l'immortale Montesquieu ha fatto sul diverso spirito delle leggi greche e romane rapporto al suicidio. Osserva quest'autore che Platone volle impunito il suicida ogni qualvolta per ordine del Magistrato o per un inevitabile e grave infortunio o per un sentimento di pudore avesse troncato i proprj giorni, e viceversa lo condannò all'ignominiosa sepoltura qualora per viltà e timidezza d'animo avesse violata la legge della propria conservazione (1). Questa sanzione è

(1) Sed. quid de illo judicandum, qui proximum, atque amicissimum caede perdiderit? qui dico seipsum vita, et sorte fatorum vi scelerata

diametralmente opposta allo spirito delle leggi romane. I Greci punivano quando i Romani assolvevano e viceversa. Il precetto di Platone era modellato sulle istituzioni spartane, ove gli ordini del Magistrato erano assoluti, ove l'ignominia era il più grande de' mali, e la debolezza d'animo il più grande de' delitti. I Romani disprezzarono tutte queste belle idee: non fecero che una legge fiscale (1).

§. V.

APPENDICE

Sogliono i criminali Scrittori porre fine a questa materia col trattare delle offese comandate o permesse dalla legge, nel qual novero vengono le morti inflitte per legittima sentenza di giudici, gli omicidj commessi per necessità di difesa, quelli permessi dalla legge Giulia *de adulteriis* e dalla *leg. unica cod. de raptu virginum* e simili. A me sembra, che una tale ricerca sarebbe qui collocata fuor di luogo, poichè l'impunibilità delle offese comandate o permesse dalla legge non discende dalla situazione morale o fisica di chi soffre l'offesa stessa, (scopo unico intorno a cui s'aggira questo capitolo) ma bensì dal dovere, che ha la Società civile, per una parte di attribuire ad alcuni determinati cittadini de' poteri, in virtù de' quali eglino per proteggere i diritti violati o contrastati,

privaverit; non judicio civitatis, nec tristi et inevitabili fortunae casu coactus, neque pudore aliquo extremo compulsus, sed ignavia et formidolosi animi imbecillitate, injuste sibi mortem consciverit?...... Sepultura igitur istis solitaria fiat, ubi alius nemo condatur; deinde in his locis sepeliantur, quae de duodecim regionis partibus ultima, deserta, innominataque sunt: sic obscuri ut neque statua, neque inscripto nomine sepulcra notentur. Plat. de legib. dial. IX.

(1) Esprit des lois. lib. XXIV. cap. IX.

legittimamente agiscono contro l'autore della violazione o del contrasto, per l'altra di permettere al cittadino l'esercizio del suo diritto di difesa in que' casi, in cui gli sarebbe impossibile lo invocare in tempo opportuno il braccio de' magistrati. Ma queste sono materie, il cui sviluppo appartiene ai libri terzo e quarto, all'uno in quanto è suo ufficio il dimostrare come si svolga nello stato civile il poter giudiziario, all'altro in quanto discorrendo i singoli delitti, non può non accennar quelli, alla repressione de' quali è autorizzato il privato per *pura necessità di legittima difesa.* Intanto poichè siamo entrati in argomento accennerò di volo, che il diritto romano riconosce tre casi, in cui il cittadino può legittimamente divenir soggetto passivo di una violenza, cioè 1.° quando questa è ordinata dal magistrato in virtù de' poteri, di cui è investito: 2.° quando l'indole del delitto è tale, che la legge non può non permettere all'offeso una immediata reazione, come si verifica nel ratto, nell'aggressione sulle strade pubbliche e nel saccheggio de' campi: 3.° nel delitto di adulterio in virtù della legge Giulia, per la quale era lecito al padre l'uccidere l'adultero della figlia sorpreso *in flagranti*, purchè incontanente uccidesse anche la figlia, ed al marito l'uccidere l'adultero vile, purchè incontanente ripudiasse la moglie. Ma queste ultime sanzioni, che con ribrezzo riferiamo, appena poteano comportarsi sotto l'impero di una falsa religione, e discaddero di autorità tostochè l'impero romano purgossi mercè la luce evangelica degli errori del paganesimo. Chi volesse oggi riprodurre quelle disposizioni non avrebbe lato alcuno, onde giustificarle. Invano egli direbbe, che il delinquente rifugge vieppiù dall'idea del delitto, quando sa di poter incontrare nel risentimento del privato un immediato castigo. E come non vedere dal lato opposto l'orrendo pericolo, che il privato abusi della spada della giustizia posta dalla legge in di lui mano per esercitare atroci ed ingiuste vendette? E quand'anche ciò fosse poco, non è cosa da raccapriccio, che la legge destinata al perfezionamento degli uomini gl'inviti al dispregio della carità, allo sfogo brutale degli odj, a vedere nell'Ente umano nulla

più in là degli interessi di questa vita caduca? Sian lodi adunque all' augusta Religione, che professiamo, la quale ha fatto sparire per sempre siffatti orrori, e siffatte mostruose anomalie della scienza sociale (1).

CAPITOLO IX.

Dei modi, con cui si estinguono le due responsabilità penale e civile nascenti dal delitto.

SOMMARIO

§. 1. *Principj fondamentali.*
§. 2. *Dei modi naturali e politici con cui si estingue la responsabilità penale.*
§. 3. *Dei modi con cui si estingue la responsabilità civile.*

§. I.

Nel Capitolo I.° ampiamente dimostrammo come dal delitto nasce nell' autore di esso la responsabilità di subire la pena. Nel Capitolo 3.° §. V. accennammo di volo che, ogni qualvolta

(1) La legislazione Gregoriana vieta assolutamente nell' art. 591. del Regolamento di procedura criminale di recare alcuna offesa ai condannati in contumacia *anche a pena capitale*. Giusta ed encomiabile sanzione, che mostra ai popoli quanto è generale il precetto della carità e come essi debbano per la repressione dei delitti confidare nel braccio del Governo, cui solo spetta il diritto di punire.

Quello poi, che siffatta espressa sanzione dichiara appo noi, è osservato in Toscana e presso le altre nazioni incivilite d' Europa per principio di gius pubblico e pel retto sentire de' popoli.

l'azione criminosa produce oltre il danno politico anche il privato, sorge nel delinquente anche l'obbligazione civile di risarcire quest'ultimo danno, obbligazione fondata nell'uguaglianza naturale dei diritti degli uomini. Non resta dunque che a dimostrare in qual modo cessino la responsabilità penale e l'obbligazione civile nascenti dal delittto. Ma prima di entrare nella materia è nostro dovere di rendere ragione perchè alla prima delle suddette abbiamo dato il nome di *responsabilità*, e non di obbligazione come molti criminali scrittori hanno fatto.

La parola *obbligazione*, che secondo il Beccaria è più facile a concepirsi che a definirsi, esprime il dovere nella persona obbligata di fare o non fare una data cosa. Se si dicesse adunque che il reo ha l'obbligazione di subire la pena, questa espressione racchiuderebbe l'idea che il reo stesso dovesse, per esempio, appena pronunciata la condanna capitale dare a se medesimo la morte; lo che mentre da un lato convertirebbe la pena in una offesa di Dio (il suicidio), dall'altro farebbe svanire il salutare esempio della pena stessa. E questo sarebbe un altro argomento da contrapporre a quelli che pretendono di desumere dal consenso degli uomini l'origine del diritto di punire. Ora, dicendosi *responsabilità di subire la pena*, si tiene un linguaggio più esatto e si viene ad indicare, che il reo ha l'obbligo di non opporsi all'irrogazione della pena, e che il diritto d'applicarla spetta al Sovrano e per esso ai Magistrati da lui eletti a tal uopo, ma non al delinquente medesimo. *Secunda pars legis* (così parla un Autore il cui ingegno sarebbe stato degno di encomio se non ne avesse abusato per sostenere dei pericolosi paradossi), *quae poenaria appellatur*, *mandatoria est*, *et loquitur tantum ad ministros publicos.*

Del resto è ben facile il comprendere dalle teorie sin qui sviluppate quanto le due responsabilità di cui parliamo differiscano fra esse nell'*origine*, nell'*indole* e nel *fine*. Nell'*origine*, poichè la prima deriva da quei diritti che la persona morale della Società acquista al suo nascere, la seconda sorge dai diritti inerenti a ciascun individuo benchè si consideri unicamente come uomo. Nell'*indole*, poichè la prima non è che

una responsabilità la quale obbliga il cittadino a non opporsi all' irrogazione della pena, la seconda è una vera obbligazione che moralmente lo vincola a risarcire il danno indipendentemente da qualunque atto o sentenza di Giudice. Nel *fine*, poichè la prima è istituita per la sicurezza publica, la seconda per l' indennità del privato (1). Dalle quali differenze ne discende un importante corollario, cioè che *necessariamente* diversi esser deono i modi con cui si estingue la prima di dette responsabilità, dai modi con cui si estingue la seconda. Se il fine di esse è diverso, se ogni diritto cessa o si estingue allorchè svanisce il fine per cui quel diritto era ordinato dalla Natura, è manifesto che vi saranno delle cause che faranno cessare la prima e non la seconda, e viceversa. Inoltriamoci ora nella ricerca di queste cause.

§. II.

I. Potrebbe mai la Natura nel suo ordine inalterabile offrire un motivo di estinzione della responsabilità penale? L' inflizione della pena suppone il soggetto a cui applicarla, affinchè i malvagi intimoriti dal male, che soffre il delinquente, si astengano dal delinquere: la morte adunque del delinquente farà cessare il diritto nella Società d' infliggere la pena, poichè l' irrogarla ad altro soggetto che non fosse il delinquente sarebbe un *offendere*, e non *difendere* i membri del corpo sociale, e l' applicarla ad un corpo esanimato o ad una muta effigie non opererebbe il salutare esempio e spargerebbe il ridicolo sulla legge. Dunque la morte è il *primo modo* con cui si estingue la responsabilità penale.

Una massima così inconcussa non poteva non essere concordemente abbracciata dai romani GG. CC., checchè abbiano insegnato alcuni interpreti circa la pena della confisca, cui reputano trasmissibile in taluni casi negli eredi. Paulo nella *leg. 20. ff. de poenis* lasciò scritto — *si poena alicui irrogetur*,

(1) Creman. Lib. 1. Part. II. Cap. II. §. V.

receptum est commentitio jure (1) *ne ad haeredes transeat.* Marciano nella *leg.* 6. *ff.* de *publicis judiciis* dichiarò — *Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta, in quacumque caussa criminis extincti debet is cognoscere, cujus de pecuniaria re cognitio est*, cioè tolta di mezzo colla morte del reo ogni questione di accusa e di pena resta soltanto in facoltà del Giudice civile il proferir giudizio per la rifazione dei danni a favore di chi è stato leso dal delitto. Cajo nella *leg.* 111. *ff. de regulis juris* pose la massima — *In haeredes non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni injuriae, vi bonorum raptorum, injuriarum.* E dai Digesti passando al Codice si trova la stessa massima confermata nelle leggi 1. e 2. del titolo *si reus vel accusator mortuus fuerit.* Nè discorde è il testo d' Ulpiano nella *leg.* 3. *ff. de publicis judiciis* così concepito — *publica accusatio reo vel rea ante defunctis permittitur*, poichè secondo l' insegnamento del dottissimo Pothier quel *permittitur* sta in luogo di *remittitur*, locuzione non insolita presso i Giureconsulti, e di cui si ha l' esempio nella *leg.* 37. *ff. de pactis* ed altrove (2).

Che se Paulo nella *leg.* 33. *ff. de obligat. et act.* e Modestino nella *leg.* 20. *ff. de accusat. et inscript.* opinarono, che la pena della confisca passar dovesse negli eredi quando il

(1) Disputano gl' Interpetri sul senso da attribuirsi alle parole *commentitio jure.* Il Budeo opina che *diritto commentizio* sia lo stesso che diritto nuovo e di recente immaginato, sentenza che non piace al Gotofredo, il quale lo spiega in senso di *diritto antico e ricevuto anche presso gli esteri.* Il Binkersoek lo prende per quel diritto a cui i Giurisprudenti colle loro dispute vengono a dar vita contro il rigore del diritto civile; opinione a cui si accosta anche il dottissimo Cremani spiegandolo per quel diritto, a cui i rescritti de' Principi e i responsi dei Prudenti diedero origine. Presa l'espressione di Paulo in questo senso viene a dire, che sebbene una legge espressa non avesse statuita la massima della estinzione del delitto colla morte naturale del delinquente, pure questa massima era ricevuta per unanime consenso de' Giurisprudenti.

(2) Pothier. ad Pand. lib. 48. tit. 1. §. IV.

reo morisse dopo contestata la lite, ciò dissero in vigore di quel principio del Diritto romano, per cui l'erede succedeva al defonto in tutte le obbligazioni che nascevano dai contratti e quasi-contratti, cosicchè dall'assioma *in judiciis quasi contrahitur* dedussero che l'erede rimanesse vincolato alla confisca de' beni in forza del quasi-contratto nascente dalla contestazione della lite. Per nostra buona sorte l'argomento della disputa è cessato dal punto che il nostro Supremo Imperante dando un esempio che ecclissa di gran lunga quello di Giustiniano, abolì la confisca sotto l'aspetto di pena, e la conservò unicamente nel senso di riparazione dei danni cagionati al Governo dai delitti di congiura, sedizione ec. (Art. 85. del Regolamento sui delitti e sulle pene). Ma se fossimo ancora in quei tempi in cui vigeva la pena della confisca, anzi era turpemente prodigata, risponderei alla distinzione di Modestino e di Paulo, ch'egli è un essere schiavo delle formole, è un attribuir vanamente alle finzioni di legge il fantastico potere d'immutare l'ordine invariabile della giustizia, da cui derivano tutti i diritti e doveri degli uomini, il supporre che la contestazione della lite trasfonda negli eredi una responsabilità ch'essi non hanno contratta. Nè osta che la confisca, parlando il linguaggio de' forensi, *afficit bona*. Se la confisca è una pena, e se non cangia la sua indole perchè colpisca, anzichè direttamente la persona, i beni, essa dovrà sempre avere per finale intento il produrre quel salutare timore che reprime i delitti: ma essa non lo produrrebbe più quando invece di affliggere il colpevole affliggesse l'innocente. Dunque la pena della confisca (fatta anche astrazione dagli altri motivi che la proclamano ingiusta) non potrà mai passare negli eredi sia che il reo muoja prima, sia dopo contestata la lite (1). Lo stesso dicasi delle pene pecuniarie. Si eccettuino però quelle, il cui fine è di togliere al

(1) L'opposto si verifica quando la confisca viene applicata in senso di riparazione dei danni cagionati allo Stato, perchè allora veste la natura di responsabilità civile, la quale passa negli eredi, come nel seguente §. sarà fatto manifesto.

reo il mal'acquistato mediante il delitto, come si verifica 1.° nel *crimen repetundarum* con la così detta *aestimatio litis*, la quale si faceva o in simplo o in duplo o in quadruplo, e serviva d'indennizzo ai Provinciali spogliati dall'avarizia dei Magistrati o Proconsoli — *Duae res* (così Asconio nella seconda Verrina) *consequebantur damnationem: altera redditio pecuniae iis ad quos pertinebat, in quo vel simpli vel dupli vel quadrupli ratio ducebatur: altera exilium* (1). 2.° Nel delitto di peculato, nel quale oltre la pena dell'interdizione dell'acqua e del fuoco, concorreva anche l'azione *in quadruplum* esperibile contro gli eredi entro un anno dalla morte del defonto. Leg. 14. e 15. *ff. ad leg. Jul. peculatus*. Tali sono le eccezioni che potrebbero portarsi alla regola generale, che la pena non passa negli eredi. Ma a chi ben riflette, i due accennati casi non possono neppure chiamarsi eccezioni, poichè sì nell'uno che nell'altro trattasi piuttosto d'indennizzare la parte lesa, che di subire una pena, cioè della responsabilità civile piuttosto che della penale. Che se l'indennizzo è superiore al danno, ciò deve attribuirsi all'aver la legge avuto in vista il *quanti interest* a favor di coloro, che per lungo tempo, come suole in simili casi sempre avvenire, rimasero ingiustamente privi del proprio denaro. Un certo Cecilio Classico accusato del delitto *repetundarum* morì prima che il giudizio fosse contro lui pronunciato. Il Senato ordinò che si separassero i beni che aveva innanzi di amministrare la provincia da quelli posteriormente acquistati: i primi ordinò che si passassero alla figlia del Proconsole, i secondi ai provinciali spogliati (2): tanto è vero, che l'*aestimatio litis* era un modo di riparazione dei danni dovuta alla persona lesa dal delitto.

(1) Circa questi due effetti della condanna, di cui parla Asconio possono vedersi la legge 2. *ff. de lege Julia repetund.* che tratta della prima e la dichiara esercitabile anche contro gli eredi, la legge 7. §. 3. *ff. eodem*, che parla della pena d'esilio aumentabile per la gravezza de' casi fino alla morte, e finalmente la legge 1. *Cod. eodem*, ove l'azione *repetundarum pecuniarum* viene estesa sino al quadruplo.

(2) Plin. lib. 3. epist. 9.

II. Allorquando il cittadino ha espiata la pena a cui era stato condannato per un delitto commesso, potrebbe mai rivivere in lui la responsabilità penale, potrebbe mai assoggettarsi di nuovo ad accusa, a giudizio, a pena? La Società coll' applicazione della pena ha conseguito lo scopo *esemplare* di essa, ha ristabilito l'equilibrio nell' animo dei cittadini: dunque non vi sarebbe più una ragione per punire di nuovo il delinquente: dunque non vi sarebbe diritto di farlo: dunque l' *espiazione della pena* è il *secondo modo* con cui si estingue la responsabilità penale.

Ma fingiamo che allorquando venne pronunciata la sentenza di condanna s' ignorasse una circostanza aggravante il delitto, per la qual cosa il reo fosse andato soggetto ad una pena minore di quella che gli sarebbe stata applicata senza il concorso di tale ignoranza. Si potrà assoggettarlo a quella maggior pena che non ha espiato? Il danno politico ossia l'*allarme* dei cittadini è sempre in proporzione del fatto quale si conosce, non quale è veramente: dunque nell' esposta fattispecie il reo ha espiata una pena proporzionata al danno politico cagionato: dunque ha soddisfatto alla sua responsabilità penale. Nè la successiva scoperta di una circostanza gravante fa sorgere un nuovo danno politico, perchè l' impressione dei fatti sull' umana sensibilità è sempre in ragione diretta della loro prossimità di tempo, ed in ragione inversa della loro lontananza. Aggiungasi poi a tutto questo, essere indispensabile al ben essere della Società che l'autorità delle cose giudicate sia somma, affinchè più che mai grande sia il rispetto per la Giustizia, e agli atti di lei si abbia quella venerazione che aver devesi per le più gravi bisogne del politico ordinamento. Un argomento favorevole a questa dottrina può trarsi secondo l' Anton Matteo dalla *leg. Capitalium* §. *Divus ff. de poenis*, ove si stabilisce che se un Giudice per imperizia condanna un reo all' *opus metalli* temporaneo, (la condanna per massima doveva sempre farsi in perpetuo) questo reo non incorre nella perdita della libertà, sebbene essa fosse una necessaria conseguenza della ordinaria condanna all' *opus metalli*.

III. Dopo che gli uomini al moltiplicarsi de' desiderj, dei bisogni, degli atti di commercio fra loro furono tratti dalla necessità ad estendere e perfezionare la legislazione, conobbero che al lasso del tempo era d'uopo attribuire degli effetti civili sugli umani diritti per mantenere la tranquillità fra i cittadini e allontanare ogni seme di discordia. Rifletterono per esempio che ad un individuo, il quale per lungo tempo era stato pacifico possessore di buona fede e con giusto titolo di una cosa mobile o immobile, conveniva accordare l'eccezione per respingere il supposto padrone che avesse preteso di spogliarlo: altrimenti i dominj delle cose sarebbero stati perpetuamente incerti, fomentata la negligenza dei padri di famiglia, perpetuate le liti tanto più feroci quanto più incerte ed oscure. Questa eccezione, la quale traeva la sua origine dall'ordine morale di ragione e dall'indole della Società civile, fu chiamata *prescrizione*.

Ora dunque che ci aggiriamo nella ricerca de' modi con cui si estingue la responsabilità penale, è troppo necessario l'indagare se la prescrizione influisca anche su di essa, in una parola se col lasso del tempo cessi il diritto nella Società di punire il delitto.

A primo aspetto si presenta il riflesso che il tempo non è un ente fisico o morale ma un puro nome un' idea astratta che serve a misurare la durazione delle cose mutabili. Ora questo puro nome potrà egli produrre degli effetti su diritti di tanto momento come sono quelli dell'intiero Corpo sociale?

Alcuni dissero che il lungo strazio della coscienza lacerata dai rimorsi del delitto servendo di espiazione al delitto medesimo faceva cessare la responsabilità penale, argomento falsissimo se si riflette che il Magistero penale non è un istituto di espiazione, ma è un diritto di difesa. Altri opinarono che un lungo lasso di tempo non contrassegnato da delitti facesse presumere l'emendazione de' costumi, e cessar quindi il bisogno d'applicare la pena, errore non dissimile dal primo per chi considera non essere l'emenda del delinquente il fine primario della penale sanzione. Pure questa ragione piacque al

Francese *Brissot*, che da un falso principio deducendo una falsa conseguenza opinò non doversi riconoscere altra prescrizione ne' giudizj criminali, se non quella che fosse accompagnata dall'emendazione dei costumi (1).

Il Renazzi nel difendere la prescrizione ne' giudizj criminali crede appoggiarla bastantemente dicendo non esser equo che chi ha commesso un delitto debba sempre ed in perpetuo temere l'accusa e la pena. Questa ragione non appaga, poichè 1.° quand'anche potesse valere per chi ha meritata una pena temporanea, non varrebbe per chi ne incorse una perpetua: 2.° se questo continuo timore della pena ne' delitti atroci fosse necessario per difendere *efficacemente* la Società, chi potrebbe negare a questa il diritto di farlo soffrire al delinquente fuggitivo o contumace?

Il Cremani, la cui profonda dottrina non si appaga mai di toccar le questioni superficialmente, ma va in vece fastosa di snocciolarle sotto tutti gli aspetti, propone prima la ricerca se nel sistema accusatorio de' Romani vi fossero de' particolari motivi per adottare la prescrizione de' delitti, i quali non concorrano nell'odierno nostro processo inquisitorio. (Avverto per incidenza, che nel processo accusatorio è indispensabile che ogni cittadino abbia il diritto di accusare il delitto benchè no 'l riguardi personalmente, e che nell'inquisitorio l'azione criminale non può essere promossa che dal Magistrato scelto a tal uopo dal Sovrano: su di che tornerò a suo luogo più ampiamente). Riflette adunque l'illustre Autore, che nel primo dei detti sistemi il diuturno silenzio di tutti i cittadini che per lungo tempo si astennero dall'accusare un delitto la cui punizione influiva sulla sicurezza di essi tutti, equivale a una tacita remissione del delitto stesso e del diritto di perseguitarlo fatta, per così dire, dall'intero Corpo sociale, lo che non si verifica certamente nel processo inquisitorio: per lo che la prescrizione può avere nel primo un fondamento che non concorre nel secondo.

(1) Thèorie des lois criminelles Chap. 2. Sect. 2. art. Grâces.

Internandosi poi nella ricerca, il lodato Autore adduce tre argomenti in sostegno della prescrizione ne' giudizj criminali: 1.° che dopo un lungo lasso di tempo la questione criminale si renderebbe illusoria, perchè il reo o potrebbe scaricare l'incolpazione sopra un defonto, o invocare a propria difesa dei testimonj morti nel frattempo, e allora la Giustizia non comporterebbe di condannarlo non potendosi escludere le sue giustificazioni: 2.° che quand'anche il reo non invochi de' testimonj trapassati, la sola possibilità che, se si fosse intrapresa la questione criminale molti anni prima, l'accusato avrebbe potuto meglio soddisfare alle ricerche del Fisco, rendere meglio ragione del suo operato, in una parola meglio difendersi, induce un motivo di equità per non perseguitarlo coll'inquisizione e colla pena: 3.° che il lasso del tempo cancellando dalla memoria dei cittadini la rimenbranza del delitto, fa cessare la necessità del publico esempio, in cui precipuamente consiste il fine della pena. (1) Quest'ultima ragione, che viene abbracciata anche dal Carmignani, basterebbe per se sola (indipendentemente dalle altre due, che sono peraltro di grave influenza nella presente ricerca, come fra poco dimostrerò) a giustificare la prescrizione nei criminali giudizj. A che si tende colla pena? A risarcire il danno politico che il delitto impunito apporta alla Società, a ristabilire l'equilibrio nell'animo de' cittadini atterriti dal misfatto, a reprimere la spinta criminosa de' malvagi coll'aspetto del male che soffre il delinquente. Ora quando il delitto è estinto nella memoria dei cittadini, non esiste più il danno politico da risarcirsi, l'animo de' cittadini si è riposto in quiete, e la pena che si applicasse ecciterebbe piuttosto la compassione che il terrore. Dunque cessa la *necessità* politica di applicare la pena: dunque cessa nella Società il diritto di far soffrire un male al delinquente.

Ma non sono da postergarsi, come testè io diceva, le due altre ragioni addotte dal Cremani. Chiunque infatti consideri

(1) De Jure Crim. lib. I. Part. III. Cap. IV.

quanto sacro ed inviolabile è il diritto di difesa ne' criminali giudizj (nel libro III. ne addurremo ineluttabili argomenti), non può non sentirsi convinto, che quando al reo sono venuti meno pel lasso del tempo i mezzi di difesa, e ciò non per fatto suo ma per fatto del poter pubblico, che non lo ha prima soggettato all' imputazione, il pretendere di processarlo e punirlo è un usar violenza contro l' inerme, un esporsi a pericolo di straziarlo, tuttochè innocente, in una parola è ingiustizia e crudeltà ad un tempo. — Ma da questo sconcio sempre immuni preservaronsi le Nazioni incivilite.

Ora è a vedersi qual sia il periodo di tempo atto ad indurre la prescrizione dei delitti. Le leggi romane stabilirono per massima che il lasso di venti anni costituisse la prescrizione di qualunque delitto benchè atrocissimo, limitando a minor tempo la prescrizione di alcuni speciali delitti non gravissimi, nei quali concorreva una ragione particolare a farli considerare più presto estinti per l' effetto dell' accusa e della pena. In dimostrazione di questo generalissimo principio del Diritto romano si sogliono citare le leggi 1. e 2. *ff. de requir. reis, nec absen. damn.* e la leg. 1. §. *praescriptio ff. de jure fisci;* ma siccome queste tre leggi sembrano riguardare la prescrizione dei diritti del *Fisco*, (nello stretto senso in cui prendevano i Romani questa parola) così parmi che la sanzione esplicita di tal massima debbasi dedurre dalla leg. 12. *Cod. ad leg. Corn. de falsis* così espressa — *querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione: sicut caetera quoque fere crimina.* (La parola *fere* sta per escludere i delitti che si prescrivono in un tempo minore).

Non mancarono però alcuni DD. che opinarono doversi eccettuare dalla suddetta regola generale il parricidio, l'accusa di parto supposto, l' apostasia, l' omicidio premeditato e gli altri delitti di sfera eguale a quest' ultimo, il primo sull' appoggio della *leg. ult. ff. ad leg. Pomp. de parricidiis*, la seconda per la *leg. 19. ff. ad leg. Corn. de falsis*, la terza per la *leg. 4. Cod. de apostatis*, gli altri finalmente per un argo-

mento di analogia dedotto dagli indicati testi. Ma l'Anton Matteo ha dottamente dimostrato che niuna delle suddette pretese eccezioni regge in diritto. Non la prima, perchè quelle parole della legge *semper parricidii accusatio permittitur* devono interpretarsi nel senso della legge 13. *ff. ad S. C. Silanian.* cioè che sebbene coloro i quali aprirono il testamento del padre di famiglia ucciso, prima che fossero torturati i servi e puniti i colpevoli, non possano essere accusati trascorso un quinquennio per l'effetto di spogliarli dell'eredità e far devolvere questa al Fisco e di farli condannare alla multa di cento aurei decretata dalla legge 25. §. 2. *ff. eodem*, pure i colpevoli di parricidio possono esser *sempre* accusati, cioè finchè non è trascorsa la prescrizione di lunghissimo tempo, ossia il vicennio. Non la seconda, perchè dopo aver detto Paulo — *accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione repellitur*, soggiunge *nec interest decesserit, nec ne ea quae partum subdidisse contenditur*, lo che dimostra avere quel G. C. inteso parlare dell'accusa che si promove all'effetto di ricuperare l'eredità rapita mediante la supposizione di parto, e non di quella che s'intenta per far punire la colpevole, mentre in tal caso troppo assurdo sarebbe stato il dire — *nec interest utrum decesserit etc.* quasichè si potesse punire un defunto. Non la terza, (e qui lascio il Batavo interprete per sostituire al suo argomento confutato dal Nani un'altra ragione che parmi più plausibile) perchè l'apostasia è un delitto di quelli che chiamansi *continuati*, come la bigamia, per cui la prescrizione a favor dell'apostata, che non abjura il suo errore, non potrebbe decorrere che dalla sua morte, poichè colla sola morte cessa il di lui delitto, e allora sottentra la prescrizione stabilita dalla *leg. 2. Cod. de apostatis*, cioè di cinque anni decorribili dalla morte dell'apostata per l'effetto d'impugnare il testamento da lui fatto: quindi ben dissero gl'Imperadori Teodosio e Valente che vivo l'apostata non può mai farsi luogo ad alcuna prescrizione del di lui misfatto. Non parlo poi del delitto di omicidio premeditato e degli altri al medesimo affini, poichè se per questi crimini l'argomento de' DD. fu dedotto

per analogia dalle antecedenti leggi, siamo nel caso, in cui distrutta la premessa, svanisce la conseguenza.

Ma vediamo se fosse censurabile la disposizione del Diritto romano di ritenere prescritti tutti i delitti col lasso di venti anni. Nel decorso di un vicennio non è forse probabile che abbian cessato di vivere i testimonj del fatto? Non è certo che in questo spazio di tempo deve il reo aver perduta la memoria del corso delle azioni da lui eseguite nell'epoca del delitto per giustificarsi? Non sono forse sufficienti quattro lustri per estinguere nell'animo de' cittadini l'impressione fattavi dal delitto? Ricordiamoci che l'uomo è un ente limitato nelle sue facoltà: che in lui niuna passione è immortale, non l'odio, non l'amore, non la vendetta: molto meno saranno immortali le impressioni de' sfuggevoli oggetti: dopo venti anni appena si rammenterà del delitto chi ne soffrì il danno: gli altri cittadini a stento ne serberanno una confusa reminiscenza. Nè in fine è da ommettersi che in venti anni una metà circa della popolazione si rinnova, cosicchè si offrirebbe l'esempio della pena a chi non fu spettatore del delitto. Insomma la sanzione del Diritto romano su questo proposito regge a tutti i principj del Diritto costituendo.

Ora vediamo se fra il moltiplice numero de' crimini vi abbiano alcuni, la cui prescrizione pel buon ordine sociale debba esser più breve. La convenienza politica di non inasprire le ferite recate col delitto all'onore delle famiglie e quasi sanate dal tempo, di non ridestare la scandalosa memoria di quegli osceni misfatti, che nascono dall'obblio dell'umana dignità, di non perseguitare dopo un certo tempo que' fatti criminosi le cui tracce di verificazione o di esclusione più presto che negli altri si cancellano e si perdono, consiglia una più celere prescrizione nell'adulterio, nello stupro, nell'incesto, nei delitti contro la continenza publica, e finalmente nelle specie di stellionato occorso ne' contratti stretti col mero consenso.

Giova il conoscere se i suddetti principj siano stati seguiti dal Diritto romano. Quanto all'adulterio, allo stupro, ed alla complicità nell'uno e nell'altro delitto è fuor di dubbio

che le leggi romane stabilirono la prescrizione quinquennale; che anzi l'adulterio rimaneva prescritto a favor della donna col decorso di sei *mesi utili*, come più ampiamente si dirà nel libro IV. al capitolo relativo. Possono riscontrarsi in proposito le leggi 29. §§. 5. e 6. e 31. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, e la legge 5. *Cod. eodem*, le quali non hanno bisogno su questo argomento d'interpretazione. E qui osserveremo di passaggio non essere ragionevole la censura dell'Anton Matteo circa la breve prescrizione dell'adulterio, cui egli paragona in gravezza all'omicidio, quasi consigliandone la vicennaria prescrizione (1). Imperciocchè (checchè ne sia dell'importanza politica del delitto di cui parliamo) è a considerarsi, non consistere nella maggiore o minore entità del crimine la sola ragione che consiglia una più diuturna o più breve prescrizione, ma doversi invece stabilir questa seconda anche nei gravi delitti quando particolari ragioni suggerite dal buon ordine sociale ne dimostrino l'opportunità e la convenienza.

Quanto all'incesto lo stesso Anton Matteo opinò che fosse massima del Diritto romano di non considerarlo prescritto se non col decorso di 20. anni (2). Per conoscere se questo Interprete si apponesse al vero, giova il premettere essere stata opinione costante de' romani GG. CC. che tutti i delitti colpiti dalla legge Giulia *de adulteriis* si prescrivessero col lasso di un quinquennio, come chiaramente insegnò Ulpiano nella citata legge 29. §. 6. del digesto a quel titolo, e conviene tener per fermo che l'incesto era precisamente colpito dalla pena sanzionata dalla legge Giulia, pena che accrescevasi se l'incesto fosse stato congiunto collo stupro o coll'adulterio, e scemavasi se l'incesto stesso si commetteva per connubio o contubernio. *Leg. 38. ff. ad leg. Jul. de adult.* Per sottrarre dunque l'incesto dalla regola generale della quinquennale prescrizione, converrebbe trovare un testo che stabilisse l'eccezione. Il lodato Interprete adduce 1.° il §. 5. della legge 39. *Dig. eod.*

(1) Ad lib. XLVIII. Dig. tit. XIX. cap. 4. n. 8.
(2) Ad lib. XLVIII. Dig. tit. III. cap. 6. n. 7.

così espresso — *Praescriptione quinque annorum crimen incesti conjunctum adulterio non excluditur* — 2.° la leg. 12. *Cod. ad leg. Corn. de falsis*, i cui termini furono testè da noi riportati. Ma nè il primo, nè il secondo dei suddetti testi giustificano la di lui opinione. Non il primo, poichè fissandosi ivi la massima che l'incesto *congiunto coll'adulterio* non si prescrive con cinque anni, si vede chiaramente che la ragione di decidere, cui ebbe in mira il G. C., fu il concorso di due delitti in una sola azione; cosicchè se all'effetto di assoggettar l'incesto alla prescrizione di lungo tempo, cioè di venti anni, è necessario che sia congiunto coll'adulterio, chiara ne discende la conseguenza, che ove da quest'ultimo delitto fosse disgiunto, si prescriverebbe, come infatti si prescrive in virtù della regola generale propria della legge Giulia, col solo quinquennio. Non il secondo perchè nella citata legge *de falsis* non si fa altro che dichiarare sottoposto il falso alla prescrizione di venti anni, *come quasi tutti gli altri delitti*. Noi adunque opiniamo fermamente col Boemero (1), che l'incesto pel Diritto comune si prescrive col quinquennio: lo che troviamo coerente ai principj della Scienza per l'identità di ragione che in esso concorre in confronto dell'adulterio e dello stupro. Altrettanto diciamo collo stesso Autore riguardo all'*attica venere*, anch'essa colpita dalla legge Giulia, come apparisce da Modestino *in leg. 34. ff. ad leg. Jul. de adulteriis* (2).

Nè qui finiscono le prescrizioni di breve tempo introdotte dalle romane leggi. Esse statuivano che il peculato si prescrivesse con un quinquennio (*leg. 7. ff. ad leg. Jul. peculatus*), e che l'azione d'ingiuria rimanesse estinta col lasso di un anno (*leg. 5. Cod. de injuriis*): sanzioni di cui la prima si giustifica col riflesso che a que' tempi riuscisse probabilmente difficile il provare il peculato dopo cinque anni; (3) la

(1) *Ad Carpzov. observ. IV. ad quaest. 74.*

(2) Boemero Opera citata: *observ. IX. ad quaest. 76.*

(3) Questa ragione in oggi non concorre, e perciò la Legislazione Gregoriana ha saviamente sottoposto il peculato ad una più lunga pre-

seconda ha il suo fondamento nella convenienza politica d'impedire ai cittadini di riaccendere le discordie insorte per lievi e non *allarmanti* offese, allorchè queste furon sopite da un lasso di tempo atto a far presumere la condonazione della ingiuria.

I Dottori poi introdussero la biennale prescrizione per lo stellionato, tratto argomento dall' esser l'azion civile di dolo, che si paragona all' azion criminale di stellionato, estinguibile col lasso di due anni. Ma di ciò si parlerà più ampiamente nel Cap. ultimo del libro IV.

Il fervido ingegno di Beccaria propose (*dei delitti e delle pene* §. *XXX.*) di dividere i delitti in due classi comprendendo nella prima l' omicidio e gli altri misfatti a questo superiori, nella seconda tutte quelle violazioni che ledono gli altri diritti dell' uomo salva la vita. Pei primi consigliò una prescrizione più lunga, pe' secondi una più breve. Nè ommise di rimarcare nel successivo §. XXXI. che i delitti contro l'ordine delle famiglie e fino ad un certo punto anche quelli contro la continenza publica meritano una prescrizione più celere; principio già da noi dimostrato.

Le disposizioni della Gregoriana legislazione, e del Codice toscano su questo argomento si vedranno alla fine del presente paragrafo.

Ora rimane a conoscersi da qual tempo debba principiare a decorrere la prescrizione, cioè se dal giorno in cui fu commesso il delitto, o dal giorno in cui ne ebbe notizia il Giudice o l' Accusatore. In questa ricerca noi non ci contenteremo certamente della ragione di Anton Matteo, il quale per dimostrare che la prescrizione decorre dal giorno del commesso delitto si serve di un argomento di analogia tratto dalla legge ult. *Cod. de prescript. longi temporis* dicendo che se nel Diritto civile la prescrizione di dieci o venti anni statuita per usucapire gl' immobili decorre dal giorno, in cui incominciò

scrizione, quando superi la somma di scudi 2) Art. 40, 339., e 340. del Regolamento penale.

il possesso e non da quello, in cui la persona opponente alla prescrizione ebbe la scienza del possesso stesso, deve per parità opinarsi, non esser necessaria la scienza del Giudice o dell'accusatore, perchè decorra la prescrizione vicennaria dei delitti, che è, come la dianzi esposta, di lunghissimo tempo. È vero che gli argomenti dai giudizj civili ai criminali quando si fanno in senso negativo conducono per lo più a legittima conseguenza, all'opposto di quando si fanno in senso affermativo, come lo stesso Anton Matteo insegna *ad lib. 48. Dig. tit. XVI. cap. I. §. 5.* (1); ma è vero ancora che siccome il fondamento della prescrizione ne' giudizj civili è affatto diverso dal motivo politico che la fece adottare negli affari criminali, così l'argomento di analogia nel concreto caso non regge. Ma rimontiamo al principio a cui si appoggia la prescrizione, e la questione ci si renderà facile. Il decorso del tempo fa cessare la responsabilità penale perchè estingue nell'animo dei cittadini colla memoria del delitto quella perturbazione, onde viene diminuita la loro sicurezza, ed ingenerato il danno sociale: ora è certo che lo *scemamento* di tale perturbazione, la quale poi finisce coll'estinguersi, operasi a gradi e comincia poco dopo l'infausto giorno del misfatto. Dunque la prescrizione deve incominciare a decorrere dal giorno della commessa violazione, e a torto si deriverebbe dal giorno della scienza del Giudice o dell'Accusatore.

Questo principio suggerito dalla sana ragione fu canonizzato dal romano Diritto, come apparisce dalla legge 20. §. *quinquennium autem ff. ad leg. Juliam de adulteriis* e dalla leg. 5. *Cod. eodem*, il senso delle quali è manifesto a segno che non ha d'uopo di alcuna interpretazione. Anche quelle odierne legislazioni, di cui ci occupiamo, lo adottarono come diremo fra poco.

Nè voglio lasciare di avvertire che siccome la prescrizione ne' criminali giudizj non è come ne' civili una semplice

(1) Veggasi però per la retta intelligenza di questa massima quanto si espone nel §. IV. cap. VI. trattato III. del libro terzo.

eccezione che la legge concede al reo, ma ripete il suo fondamento dall' indole del Magistero penale, così giova al reo anche non opposta, ed il Giudice deve *ex officio* astenersi dalla condanna quando conosce esser decorso il tempo fissato dalla legge per la prescrizione del delitto (1).

Rimarrebbero su questa materia altre questioni, cioè quali atti interrompano la prescrizione; se la prescrizione dell'azione civile emergente dal delitto possa pregiudicare l' azione criminale e viceversa; se il delitto possa *sempre* opporsi in via di eccezione; quando incominci la prescrizione dei delitti *continuati* e quella dei *reiterati*, e cose simili; ma queste le riserbiamo come a loro vera sede al Cap. ultimo trattato III. del lib. III.

IV. È assai comune presso gli Scrittori di Diritto publico e delle cose criminali la questione se il Principe abbia il diritto di far grazia ai cittadini delinquenti. Questa disputa ha qui il suo luogo conveniente, poichè dalla risoluzione di essa dipende il riconoscere od escludere un altro mezzo di estinguere la responsabilità penale.

Un diritto difeso da S. Agostino ed impugnato da Pietro Martire, condannato da Seneca, encomiato da Sopatro, un diritto che Cicerone stesso ora disapprova (2), ora innalza con lodi alle stelle (3), un diritto contro cui insorsero gl' ingegni d' un Beccaria (4), d' un Filangeri (5), d' un Pastoret (6), trionfando apparentemente de' contrarj argomenti di Grozio, Puffendorfio e Montesquieu, è quello che imprendiamo ora ad esaminare con quella imparzialità, di cui ci facciam sempre un dovere.

Prima di tutto ci occorre l' osservare che gl' impugnatori

(1) Cremani loco cit. § XII.
(2) Orat. 7. *in Verrem*.
(3) Orat. *pro Ligario*.
(4) Dei delitti e delle pene §. XX.
(5) Scienza della Legislaz. tom. III. part. IV. cap. LVII.
(6) Des lois pènales part. 1. chap. IV.

di questo diritto furono atterriti e mossi ad attaccarlo dallo abuso fattosi in varj tempi di esso. Un Beccaria adduce per principale argomento, che la clemenza del Sovrano dovrebbe essere esclusa in una *perfetta* legislazione: onde, siccome le umane opere non sono mai *perfette*, ne discende la conseguenza che la necessità del diritto di far grazia può bene scemare al rettificarsi della legislazione, ma non cessare totalmente. Un Filangeri mentre acremente impugna il diritto di far grazia eccettua due casi quello dell' eccellente perizia del reo in qualche arte o scienza, l' altro di una moltitudine delinquente, come allorquando una città, una intera provincia sedotta dai faziosi si dà in preda alla sedizione, e così l' illustre Autore viene ad ammettere che pur avvi qualche caso in cui questo diritto di far grazia deve esistere: nè i casi sono sì limitati come il Filangeri li crede. Un Pastoret dopo avere con zelante indignazione riprovato l' abuso esistente un dì in Francia di concedere il diritto di far grazia ai Capi dell' armata, ai grandi Officiali della corona, ai Governatori di provincie, ai Vescovi, alle Città e persino a qualche Capitolo, conchiude che questo diritto deve essere limitato alla persona del Sovrano. Insomma, io lo ripeto, fu l' abuso di questo diritto e non il diritto stesso che mosse gli Scrittori filosofi a declamare contro il medesimo.

Ma non dissimuliamo il più forte argomento o a meglio dire *l' unico* di cui gli oppugnatori si servono per dimostrare che nell' ordine sociale non esiste questo diritto di far grazia. O le leggi penali, dicono essi, sono *giuste* o non lo sono. Se lo sono debbono essere *inesorabilmente* eseguite: se non lo sono correggansi, ma non si accrescano colla speranza della impunità gli stimoli a delinquere.

A questo dilemma il Romagnosi contrappone un altro argomento. » O voi volete che l' opera delle leggi sia quella di » un *Dio* o quella di un *uomo*. Se la volete di un Dio sono » inutili i nostri precetti, ed è vana ogni disputa. Se poi le » considerate l' opera dell' uomo, allora voi non potete sot-

» trarvi alle condizioni inseparabili dalla essenziale *limitazione* » della sapienza e potenza umana » (1).

Difatti sia pure che alla formazione della legge abbiano contribuito le meditazioni di molti saggi, sia pure che con maturo consiglio abbiano i compilatori di essa provveduto a tutti i più comuni contingibili casi che esigono l'alleviamento o la condonazione della pena, pur tuttavia sono tanto moltiplici le circostanze frammischiantisi ai casi umani, che sempre rimarrà qualche caso impreveduto e degno di provvedimento. Supplirà il Giudice a questo difetto? Tolga il Cielo: *il potere legislativo* verrebbe confuso col *giudiziario*, le private passioni s'intruderebbero nell'esercizio di un diritto tanto più pericoloso nelle mani del cittadino quanto più arbitrario, e invece di rimediare ad un male, se ne produrrebbero cento. Ma se questo diritto incompatibile nel Magistrato voi lo togliete anche al Principe, avverranno dei casi in cui alla vista di un supplizio *l'umanità di una nazione alzerà un grido di dolore e d'indegnazione che farà pentire quel Governo, il quale si fosse di per se stesso preclusa la via al raddolcimento e al perdono* (2).

Nè temiate che le *grazie* sorger facciano la speranza dell'impunità, ed accrescano gli stimoli a delinquere. Quando esse non sieno *inconsideratamente frequenti*, ma *saviamente impartite*, quando esse siano *aperte* al cittadino più infelice che colpevole, e *chiuse* alla proterva immoralità ed alla sozza depravazione, è impossibile che lo scellerato che medita il delitto si lusinghi dopo averlo perfezionato di ottenere la grazia del Principe. In questo modo sparisce anche quell'inconveniente cotanto esagerato nelle declamazioni de' contrarj Scrittori.

In quanto al Diritto positivo di Roma giova distinguere le leggi emanate durante la Republica da quelle emanate sotto gl'Imperatori. In quanto alle prime esse non presentano alcuna traccia del diritto di far grazia: lo che non deve recar meraviglia, poichè vi è molto a dubitare se questo diritto possa

(1) Genesi del diritto penale §. 1148.
(2) Genesi del diritto penale §. 1150.

esser consentaneo alla severa natura della Democrazia ed al processo accusatorio, in cui il reo ha tante guarentigie da render quasi impossibile l'applicazione d'una pena ingiusta od eccessiva. Sembra peraltro che il popolo romano fin dal tempo dei Re godesse de' privilegj sulla persona de' rei condannati, poichè l'assoluzione di Orazio reo di sororicidio a mirar drittamente non fu che una grazia fatta dal popolo ai recenti meriti del vincitore di Alba (1). In quanto alle seconde sono manifesto argomento dell'uso de' rescritti di grazia sotto gl' Imperadori la leg. 1. *ff. de constitut. Princ.* ove leggonsi le parole *si cui sine exemplo subvenit*, ripetute da Giustiniano nelle Istituzioni *tit. de jure naturali, gentium et civili §. sed et quod Principi*, parole indicanti la condonazione della pena al reo, la leg. penultima *Cod. de calumniat.* ove dai rescritti di grazia si eccettuano i rei di calunnia: la legge penultima *Cod. de prec. Imper. offer.* ove si dà facoltà ai Giudici di ricusare i rescritti impetrati *contra jus* eccetto quelli che non ledono alcuno o che condonano al reo il delitto.

V. Sogliono i criminali Scrittori annoverare fra i modi di estinguere la responsabilità penale la sentenza assolutoria del Giudice. Ognuno comprende che questa dottrina riguarda il caso che l'accusato sia veramente colpevole, poichè qualora fosse innocente non può questionarsi sull'estinzione di una responsabilità che non ha mai esistito. Ora qual'è la ragione, per cui la sentenza del Giudice, che dichiara *non colpevole* l'accusato, fa sì che questi non sia più tenuto ad alcuna pena, quantunque in realtà sia colpevole? Tutti gli atti del Corpo politico sono informati e diretti dalla *certezza estrinseca*: (Cap. I.) essi non possono avere per base quello che è *veramente*, ma quello che *apparisce*; e chi presumesse di prendere la *certezza intrinseca* per base degli atti della Società immaginerebbe opera ineseguibile e stolta. Dunque il cittadino

(1) Veggasi in prova il discorso di Orazio padre al popolo riferito da Tito Livio nel lib. 1. Questo Istorico ci ha anche tramandata la legge che dava diritto al condannato di *perduellione* di appellare al popolo.

trovato dal Magistrato *non colpevole* è in realtà tale agli occhi della Società: dunque la di lui impunità non è perniciosa: dunque non esiste a di lui carico la necessità politica di applicargli la pena: dunque la responsabilità penale è in lui estinta.

Nè sono da pretermettersi i gravi inconvenienti che da un diverso principio ne ridonderebbero. Fingasi una legge che prescriva potersi l'accusato, dichiarato dal Magistrato *non colpevole*, all'apparire di nuove prove sottoporre ad un nuovo giudicato. Che ne verrà? Ogni innocente contro cui per avventura sia stata proposta un'accusa, quantunque dippoi assoluto, rimarrà *perpetuamente* in forse della propria libertà, del proprio onore, della propria vita: la sua sicurezza personale sarà per sempre estinta: le cose giudicate, la cui autorità forma il perno dell'ordine pubblico, cadranno in discredito: si avrà creduto di guadagnare molto con quella legge suggerita dal panico timore di lasciar qualcuno impunito, e si avrà suscitata una serie di mali peggiori di quello che nasce da un'impunità. *Vim volumus extingui?* conchiuderò con Cicerone *Jus valeat necesse est, idest judicia, quibus omne jus continetur. Judicia displicent, aut nulla sunt: vis dominetur necesse est* (1).

Questo principio ammette una sola eccezione, ed è allorquando il reo fosse stato assoluto per aver corrotto i Giudici od i testimonj. In questo caso siccome l'accusato ripeterebbe la sua assoluzione da un nuovo delitto, e siccome la sentenza sarebbe nulla e come tale non atta a produrre alcun effetto civile, così si può e si deve nuovamente inquirere contro il reo. A riserva di questo caso, quand'anche il reo *dichiarato non colpevole* confessasse dipoi stragiudizialmente il suo delitto, non potrebbe più andar soggetto nè ad accusa nè ad inquisizione, poichè presso i cittadini deve prevalere la fede dovuta alla cosa giudicata all'equivoca credenza che può meritare la confessione stragiudiziale del reo (2).

(1) Pro Publ. Sexto.

(2) Veggasi Anton Matth. ad lib. XLVIII. ff. tit. XIX. cap II. n.

A veder poi sotto ogni aspetto la presente questione, converrebbe rimontare al sistema di procedura criminale de' Romani, e dimostrare come presso essi il cittadino uscito salvo da un criminale giudizio non potesse più essere molestato, poichè un sol modo di assolvere essi conoscevano; come succeduto all' accusatorio metodo l' inquisitorio sorse la necessità di adottare più formole nella dimissione del reo; come finalmente giusta l' una o l' altra di queste formole l' assoluzione passa o non passa in cosa giudicata, e il reo può o non può essere di nuovo chiamato in giudizio. Ma siccome queste ricerche presuppongono la cognizione dei caratteri distintivi del sistema accusatorio e dell' inquisitorio, così sarebbero qui premature, e mi è d' uopo differirle al III. trattato del libro 3.°, ove accennerò pure le sanzioni della *Gregoriana* legislazione riguardo agli effetti delle sentenze che rimovono dal capo dei rei la pena.

Frattanto mi è lecito conchiudere che cinque sono i *modi veramente tali*, con cui si estingue la responsabilità penale, cioè *la morte del delinquente, l'espiazione della pena, la prescrizione, la grazia del Principe, la sentenza assolutoria del Giudice.* Dico *i modi veramente tali*, poichè è a sapersi, (e lo vedremo in appresso) che fra i delitti ve ne hanno alcuni, ne' quali, ad onta dell' introdotto sistema inquisitorio qual metodo opportuno ai tempi nostri di perseguire le sociali offese, viene riservata unicamente al privato leso la facoltà di provocarne la punizione. Ora per questi, le legislazioni, che riconoscono una tale privata facoltà, ammettono ancora per coerenza di princìpj, che la desistenza o il consenso della

1. 2. e 8., il quale in conferma di questa opinione adduce fra le altre la legge 1. in fin. *dig. de quaestion.*, ove si stabilisce che il Giudice non può reintegrare il reo condannato di cui conobbe poscia l' innocenza, ma deve *adire* il Principe cui spetta l' esercitare un tale atto di giustizia: onde conchiude quest' interpetre: se il Giudice non può reintegrare l' innocente ingiustamente condannato, molto meno potrà condannare il reo ingiustamente assoluto.

parte lesa presentati in tempo opportuno possano liberare il delinquente dalla pena. Ma è agevole il vedere la grande differenza che passa fra i cinque modi sopra enunciati, ed il mezzo eccezionale, di cui qui parliamo. Quelli estinguono propriamente la responsabilità penale: questo non la estingue, perchè il diritto di punire, essendo di giure pubblico, in quanto compete alla Società intiera, non può esser distrutto dall' arbitrio di un privato. (1) Or dunque la facoltà, che le leggi d' alcuni popoli concedono ne' pochi delitti così detti di *azione privata* all' offeso o di dissimulare l' ingiuria non portandola ai tribunali, o di condonarla pendente il processo, è piuttosto una prudente astenzione dall' esercizio del diritto di punire, alla quale si piega la Sovranità per viste di ben pubblico, di quello che una estinzione del diritto stesso, che vive anche dopo la suddetta desistenza o consenso. Tanto è ciò vero, che la legislazione toscana per esempio, come vedremo fra poco, nega ogni effetto alla quietanza della parte lesa se viene presentata dopo la sentenza; il che non sarebbe se tale quietanza o desistenza avesse il vero vigore di far cessare la responsabilità penale.

Ora è tempo di passare in rassegna le sanzioni dei due codici pontificio e toscano sulle questioni tutte trattate in questo paragrafo.

Il Regolamento Gregoriano del 20 settembre 1832 riconosce quattro modi di estinzione del delitto, che sono la morte del reo, la espiazione della pena, la prescrizione, e la grazia del Sovrano. Così nell' articolo 36. (Non ha parlato di quella estinzione, che nasce dalla sentenza assolutoria *definitiva* del Giudice, trattandosi di un principio ricevuto senza controversia nella giurisprudenza).

Dichiara in quanto alla prima, che essa produce la estin-

(1) Nel libro III. trattato III. capitolo VIII. §. 2. vedremo, che neppure la transazione, di cui parla la legge 1. *Dig. de bonis eorum, qui ante sententiam etc.* forma eccezione al principio generale qui esposto.

zione riguardo alla sola persona defonta, e che è sempre efficace l'azione civile per la riparazione del danno, cui diede causa il delitto, sui beni o contro gli eredi del delinquente defonto. Art. 37. e 38.

Riconosce quattro periodi di prescrizione, il primo di 30. anni pei delitti punibili colla morte o colla galera in vita; il secondo di 10. anni pei delitti puniti colla galera temporanea che si estende dai 15. ai 20. anni; il terzo di 5. anni pei delitti colpiti dall'opera pubblica; il quarto di 3. anni pei delitti che si reprimono colle altre specie di pene, le quali si riducono all'esilio, alla detenzione, alla multa ed alla privazione e interdizione dall'esercizio dei pubblici impieghi e dei diritti civili. Art. 39. 40. 41. e 43. Statuisce la prescrizione quinquennale pei delitti di stupro e di adulterio. Art. 42.

Coerente al diritto romano e alle massime da noi spiegate dichiara che la prescrizione decorre dal giorno del commesso delitto, e pei delitti continuati dall'ultimo atto delittuoso. Art. 44. (Quali siano i delitti continuati può vedersi nel cap. X. §. I. di questo libro).

Esclude da ogni beneficio di prescrizione i delitti di lesa maestà e quelli di lesa Religione. Art. 47.

Finalmente poichè gli atti della Sovrana clemenza debbono bensì giovare a chi ebbe la sorte di conseguirli, ma non mai recar danno ad un terzo, così il detto Regolamento dichiara che il rescritto di grazia nulla toglie all'azione civile per la riparazione del danno. Art. 49.

Degli Art. 45. 46. e 48., ove si dichiara quali atti giudiziali interrompano quali impediscano la prescrizione, ed in qual caso il giudizio civile può sospendere la prescrizione dell'azione criminale, siamo astretti a riserbarne il commento al libro III. tratt. III. cap. VIII. come luogo nel quale è nostro dovere di esporre le teorie scientifiche, che a quegli articoli si riferiscono.

Il Codice toscano determina espressamente sei modi di estinzione *della penalità*, cioè la morte del delinquente, la sentenza assolutoria del giudice, la condanna proferita, la

grazia del Sovrano, il consenso della parte lesa accettato dal querelato per quei soli delitti però, contro i quali non è permesso di agire senza l'istanza del privato offeso, e la prescrizione.

Del primo modo di estinzione tratta l'art. 86 dichiarando che morto il delinquente non vi è più azione penale; ma però *la sentenza divenuta eseguibile, lui vivente*, ha effetto contro gli eredi di lui per la multa, per la confisca di oggetti determinati dalla legge, per le spese processuali e pei danni. Così il Legislatore toscano viene a riconoscere questi quattro titoli come altrettante obligazioni civili trasmissibili agli eredi, e lo sono infatti i tre ultimi, giacchè quanto alla detta confisca essa cade sopra quegli oggetti, che non possono stare in commercio, le spese processuali sono un debito, che il reo ha contratto verso il Governo, e i danni una responsabilità civile verso la persona lesa dal delitto o gli eredi di lei.

Della sentenza assolutoria, della condanna, e della grazia del Principe si ha ragione nell'art. 87, ove si dichiara, che ciascuna di queste tre cause impedisce, che contro il reo *si istruisca nuovo giudizio criminale per causa del medesimo fatto.* Ma qui si chiederà: perchè il Codice toscano pone fra i modi di estinzione la condanna, anzichè porvi la espiazione della pena, come fece il Codice Gregoriano? La diversità dipende dalla varietà del soggetto, al quale si volle riferire la estinzione. Il Codice Gregoriano parla di estinzione *del delitto* e *della pena.* Ognun vede che per estinguere il delitto e la responsabilità politica, che n'è la sequela, non basta esser condannato, ma bisogna anche espiare la condanna. Al contrario il Codice toscano, benchè parli di *estinzione della penalità*, pure prende di mira que' modi che impediscono l'attuazione di un nuovo processo pel medesimo fatto, come chiaramente si desume dalle surriferite parole dell'art. 87. Presa la cosa in questo aspetto, si doveva necessariamente parlare di condanna e non di espiazione, perchè la condanna basta per se sola a porre l'accusato sotto l'egida dell'aforismo legale *non bis in idem.*

Sul quinto modo di estinzione della penalità, di cui parla l' art. 88, sono necessarie alcune riflessioni. Vi hanno, come vedremo nel seguente capitolo, alcuni delitti nei quali la perturbazione de' cittadini ossia il danno sociale è minimo e quasi insensibile, cosicchè l' interesse che si applichi la pena è tutto del privato offeso. In questo caso è di somma convenienza politica lo accordare a quest' ultimo il diritto di far cessare gli effetti del processo mediante il suo consenso. Così mentre da una parte s' ispira maggiore interesse al delinquente di compensare l' offesa fatta per procacciarsi il consenso della parte lesa, e così liberarsi dalla pena, dall' altro lato si favoriscono le riconciliazioni fra i cittadini, si sopiscono gli odii privati, e s' impediscono le private vendette. Questa disposizione adunque è degna di somma lode, ed è ricevuta nell' uso pratico anche appo noi, quantunque le nostre leggi espressamente non ne parlino. Siccome però con questo principio non si può nè si deve recare una ferita al diritto imprescrittibile della difesa, che ha ogni cittadino accusato, così il consenso ossia la quietanza della parte lesa non può produrre l' effetto di perimere il processo se non quando sia accettata dal querelato. Ove questi la ricusi per esercitare il suo diritto di difesa, chi potrebbe senza ingiustizia impedirgli siffatto esercizio? Ecco perchè il Codice toscano pone per estremo di questo quinto modo di estinzione, che la quietanza sia accettata dal querelato.

In quanto al tempo della prescrizione il Codice di cui parliamo fissa quattro periodi, il primo di *venti anni* pei delitti minacciati di morte, il secondo di *quindici anni* pei delitti puniti coll' ergastolo, il terzo di un *decennio* per tutte le altre azioni criminose soggette alla persecuzione d'ufficio, e l'ultimo di un *triennio* per quelle che si perseguono a querela di parte. Art. 89.

Qualora ad un delitto sia connessa una trasgressione di polizia, questa non si prescrive che insieme con quello. Art. 90. Siffatta disposizione è molto savia; imperocchè le trasgressioni di polizia consistendo in leggeri mancamenti rimangono prescritte per disposizione dell' art. 19. §. 1. dell' analogo *Rego-*

lamento di Polizia punitiva col lasso di un solo mese. Ora poniamo il caso che un uomo trasgredendo le prescrizioni relative alla condotta dei tiri e delle bestie contenute nel capitolo IV. titolo III. parte 2. di quel Regolamento cagionasse la morte di un passaggere. Egli sarebbe tenuto di omicidio doloso o colposo. Ma senza la disposizione dell'articolo 90. del Codice penale, dopo un mese non si potrebbe più inquirere contro la trasgressione, e così non vi sarebbe modo di provare l'omicidio, il quale rimarrebbe impunito per un brevissimo ritardo nel procedere. D'altra parte colui che trasgredendo la legge di polizia commette al tempo stesso un delitto o un quasi delitto, è ben giusto che rimanga soggetto all'azione penale per tutto quel tempo che è necessario a prescrivere quest'ultimo. Si tratta di un fatto individuo, e sarebbe un assurdo tanto il voler riconoscere due prescrizioni, quanto il credere che la prescrizione statuita per la mancanza di lieve entità servisse ad estinguere quella più grave.

Intorno alla decorrenza della prescrizione concorda il Codice toscano col Gregoriano perchè la fa cominciare dal giorno del commesso delitto; e per togliere ogni disputa distingue i tre casi, dei delitti *consumati*, dei delitti *tentati*, e di quelli che appellansi *continuati*. Nei primi la prescrizione decorre dal giorno della consumazione, nei secondi dal giorno dell'ultimo atto di tentativo, nei terzi dal giorno dell'ultimo fatto criminoso. Art. 92.

Statuisce in fine che *contro le condanne non si dà mai prescrizione*. Art. 95. (1).

Su quest'ultima disposizione, con cui il Codice toscano chiude il titolo della estinzione della penalità, l'illustre

(1) Degli articoli 91, 93 e 94, coi quali 1. si risolve la disputa sul potersi o no prescrivere la facoltà di opporre il delitto per eccezione, 2. si dichiara l'interrompimento della prescrizione *si civilis actio criminali praejudicet*, 3. si attribuisce alla sentenza condannatoria la virtù di far cessare il corso della prescrizione, ci riserbiamo di trattare nel libro III d'appresso l'esposizione de' relativi principj giurisprudenziali.

Professor Mori nell' opera più volte citata propone a se stesso la questione se sarebbe stato conveniente d' introdurre anche una prescrizione contro le condanne. Egli non dissimula gli argomenti di quei giuristi che stanno per l' affermativa, cioè che il subire la pena lunghi anni dopo che fu decretata, è molto più grave che il soffrirla appena pronunciata la condanna, e che quando la memoria del maleficio è spenta, la punizione di un reo invecchiato fra le angosce e le ansietà della fuga, eccita a pro di lui la pubblica compassione ed un' accusa di crudeltà contro la legge. Risponde però a questi argomenti applicando con felice criterio uno dei principj fondamentali della prescrizione. Questo è, come a suo luogo dicemmo, l' ingiustizia che si commetterebbe contro un cittadino sottoponendolo all' accusa dopo un lungo lasso di tempo, col decorso del quale è a credersi che egli abbia perduta la memoria delle singole azioni commesse nel giorno del delitto e smarriti anche i testimonii che potevano giustificare la di lui innocenza. Ond' è che il principio giuridico di evitare per quanto si può il pericolo di condannare un innocente, principio giustificante la prescrizione dei reati, non concorre in favor di quello che fu a tempo debito condannato. Nè lascia in fine di osservare da un lato che le calamità onde è accompagnata la vita raminga del contumace sono sequele della sua indoverosa disobbedienza, dall' altro che la coscienza popolare è più ferita dall' impunità di un malvagio definitivamente condannato, che dalla punizione di lui posticipata per sua colpa. In fine risponde con erudizione storica all' argomento che in favore della prescrizione delle condanne taluni si proponessero di trarre dalla nota lettera di Plinio a Trajano e dalla risposta di questo saggio Imperatore (1).

Tutte le suddette riflessioni, avvegnachè sensatissime, lasciano qualche cosa a desiderare in riguardo alla più forte objezione che è quella della estinzione della memoria del delitto. Su di che a noi sembra potersi dire che quando una cosa

(1) Noi ne parleremo nel libro II. cap IV.

giudicata ha pubblicamente decretata la colpabilità del cittadino accusato, quest'atto giuridico cotanto solenne promulgato e quindi registrato negli annali forensi rende assai difficile che si cancelli ne' cittadini la memoria del delitto. E poichè anche quest'ulteriore argomento non toglierebbe ogni amarezza intorno a quel sentimento di pubblica compassione che può eccitarsi al veder eseguita una condanna molti e molti anni dopo che fu pronunciata, tratteniamoci alquanto su quest'ultimo lato della questione per estimare il valore, ch'esso può avere. Sarebbe certamente un assurdo, che dopo decorso un triennio od un decennio dalla pronunzia di una condanna questa non potesse più eseguirsi, perchè il condannato ebbe la destrezza di sottrarsi dalle forze della giustizia; nè un simile lasso di tempo può far nascere nel pubblico quel sentimento, che gli oppositori obbiettano. La difficoltà adunque si riduce a quelle condanne, che sono antiquate di 15 o di 20 anni. Ma chi non sa che nel diritto pubblico si riconoscono le cause estrinseche di diminuire la pena? Chi non sa che queste debbono dal legislatore tacersi nel Codice penale, e riserbarsi da lui al proprio prudente arbitrio per farne uso all'evenienza de' casi? Chi non sa che fra queste cause estrinseche si annovera appunto l'antichità della condanna? (1) Or dunque mentre l'art. 95. ha in generale il suo fondamento nel sacrosanto dovere della difesa sociale, non v'è a temere che una condanna soverchiamente antiquata venga in tutto il suo rigore eseguita e ne sia urtata la suscettività del pubblico, non v'è a temere, diciamo, di questo in un suolo, ove regna un Principe, che dagli illustri suoi Maggiori redò quella splendida Clemenza, per la quale la pena di morte ebbe in Toscana per dodici lustri esistenza di dritto e non di fatto.

(1) Queste tre proposizioni si troveranno sviluppate nel cap. IV. del libro II.

§. III.

Rimangono a discutersi i modi con cui si estingue la *responsabilità civile*, ossia l' obbligazione di risarcire il danno recato altrui col delitto. Già fin dal principio di questo capitolo avvertimmo che le due responsabilità nascenti dal delitto differiscono fra loro nell' origine, nell' indole e nel fine, cosicchè esser dovevano diverse le cause di cessazione dell' una e dell' altra responsabilità. Ora apparirà vieppiù chiara questa verità, poichè dimostreremo che niuna delle cause accennate nel precedente §. è atta a far cessare la responsabilità civile.

Non la morte del delinquente, perchè il risarcimento del danno operandosi per mezzo delle cose estimabili che sono in dominio dell' uomo, ne viene che la persona lesa fin dal punto che rimase danneggiata acquistò un diritto sul patrimonio dell' offensore equivalente all' entità del danno sofferto, e perciò siccome anche dopo la morte del delinquente rimane il di lui patrimonio, il quale passa ai suoi eredi con tutti gli oneri che sono a lui inerenti, così gli eredi stessi sono tenuti a risarcire il danno recato mediante il delitto dal loro autore.

Non l' espiazione della pena, perchè con essa si ripara la perturbazione cagionata nell' animo de' cittadini, ma non il danno recato al privato.

Non la prescrizione del delitto, poichè mentre questo può a seconda de' casi e delle varie legislazioni rimanere prescritto col lasso di venti, di cinque ed anche di tre anni, l' azione al risarcimento del danno, come tutte le altre azioni perpetue, non può estinguersi che col lasso di trent' anni. Così il Codice Leopoldino aveva saviamente stabilito nel §. 115. che, anche dopo prescritto il delitto, il Giudice potesse pronunciare la sua sentenza sul delitto medesimo non per applicare al reo la pena, ma per condannarlo al risarcimento de' danni verso la parte lesa (1).

(1) Cremani lib. 1. part. III. cap IV. §. X. Discorde è l' Art. 12 del Regolamento Gregoriano di procedura criminale.

Non la grazia del Principe per la ragione che accennammo nel precedente paragrafo alla pagina 282.

Non finalmente la sentenza assolutoria del Giudice, poichè questa fa bensì cessare la necessità politica di applicare la pena, ma non l'obbligazione naturale di riparare il danno recato col delitto; cosicchè se all'offeso che non intervenne come attore nel giudizio criminale riuscisse dopo l'esito di questo di provare in via civile che per opera *realmente* del cittadino assoluto *ab instantia* per insufficienza delle prove soffrì il danno emerso dal delitto, io per me sono di avviso che avrebbe diritto di essere nella via civile ascoltato (1).

Che se giusta i principj della Scienza non può dirsi altrettanto allorchè il reo fu assoluto come *innocente*, ciò avviene non perchè la sentenza pronunciata a favor del reo senza intervento della parte offesa possa produrre degli effetti civili sopra quest'ultima, ma perchè sarebbe di pessimo esempio ai cittadini il vedere un individuo, assoluto come *innocente* nel criminale giudizio, esser condannato dipoi in un giudizio civile come *colpevole* al risarcimento dei danni.

Quali adunque saranno i modi con cui si estingue l'obbligazione di riparare il danno?

Lasciando di parlare della prescrizione, (la quale nelle materie d'indole civile come questa non è propriamente parlando un modo di estinzione dei diritti, ma piuttosto un'eccezione che le leggi accordano al reo per respingere dopo un certo lasso di tempo la contraria azione, affinchè non sorgano nella società liti torbide ed inestricabili) i modi di estinguere quest'obbligazione si riducono a due, alla *riparazione* del danno stesso ed alla *remissione* fattane dalla parte lesa. Colla prima si estingue l'obbligazione, perchè l'offeso ha raggiunto il suo scopo e la giustizia è appagata. Colla seconda avviene altrettanto, perchè il diritto al risarcimento del danno equiva-

(1) Il Cod. Leopoldino nell'art. 113. dava infatti la facoltà all'offeso di agire per i danni in via civile contro l'offensore dimesso a processo aperto.

lendo ad un diritto di *proprietà reale*, e questa essendo alienabile, (cap. I.) ne viene che l' offeso vi può a suo arbitrio rinunciare, ed allora il suo diritto si trasfonde nell' offensore e si estingue, perchè il diritto e l' obbligazione svaniscono quando il debito e il credito di loro natura alienabili concorrono nella medesima persona.

Prima di chiudere questo Capitolo non posso trasandare una questione. Il danno che emerge da un delitto avvenuto per opera di più correi dovrà da essi ripararsi *pro rata*, o invece ciascun di loro sarà tenuto *in solidum* al risarcimento? Si rifletta che ogni correo del delitto è vera causa morale del danno cagionato al cittadino leso, si rifletta che se questi dovesse dividere la sua azione contro i coagenti del delitto *pro rata*, non conseguirebbe mai l' intera sua riparazione, e i malvagi trarrebbero un vantaggio dall' essersi collegati in più per delinquere, si rifletta esiger l' ordine sociale che il cittadino innocente ingiustamente danneggiato sia *nel miglior modo possibile* protetto e guarentito, e si conchiuderà che ogni coagente del delitto è tenuto in solido al risarcimento del danno cagionato colla sua criminosa azione. Questo savio principio è sanzionato dall' art. 16. del Regolamento Gregoriano 20. Settembre 1832. Il Codice penale toscano proclama la stessa massima nell' art. 33. §. 2.

CAPITOLO X.

Delle varie divisioni dei delitti, e della loro classazione giusta i principii della scienza.

SOMMARIO

§. 1. *Delle varie divisioni dei delitti desunte da diverse considerazioni e più comunemente conosciute in pratica.*

§. 2. *Della divisione de' delitti desunta dall' azione che ne nasceva secondo il Diritto romano.*

§. 3. *Della divisione dei delitti desunta dalla competenza del Foro.*

§. 4. *Classazione dei delitti desunta dal più importante aspetto, sotto cui devono essere politicamente considerati.*

§. I.

Tutti gli oggetti che sono argomento dello scibile umano potendo esser considerati sotto varj aspetti divengono, in ragione di questi, suscettibili di moltiplici divisioni. Ciò si verifica anche nei delitti, onde ne sorsero varie divisioni assai conosciute presso i Prammatici, e di cui ora è nostro ufficio il trattare, riserbando poi all' ultimo §. di questo Capitolo l'esporre la *classazione* dei medesimi, sotto il qual nome intendiamo significare quella partizione delle azioni criminose, che essendo desunta dal più importante carattere, che esse presentano, deve poi servir di base alla speciale trattazione di esse; alla quale è destinato il IV. libro.

1.° In ragione adunque dell' influenza morale che l'anima esercitò sull' azione, chiamansi le azioni punibili ora *delitti*, ora *quasi delitti*: delitti se v' intervenne il *dolo*, quasi delitti se v' intervenne la *colpa*.

quelli la cui pena superava la relegazione, ma non giungeva alla morte: *più atroci* quelli puniti colla morte: *atrocissimi* quelli che venivano colpiti con ricercati supplizj, cui l'umanità del secolo XIX. ha perpetuamente banditi (1). Così la odierna nostra legislazione distingue i delitti per gli effetti della procedura in *minori* e *maggiori*: minori chiama quelli, la cui pena non eccede l'anno di opera publica e che sono di competenza dei giudici singolari: maggiori quelli che vengono repressi con tutte le altre specie di pene più severe, e che sono di competenza dei Tribunali collegiali. Art. 14. 27. e 28. del Regolamento 5. Novembre 1831.

6.° In ragione della pena con cui sono colpiti considerata in ragion composta degli effetti civili che derivano da essa, i delitti altri sono *capitali*, altri *non capitali*. Capitali diconsi quelli contro i quali è comminata la morte naturale, ovvero un'altra pena che tragga seco la perdita della libertà o della cittadinanza. Non capitali quelli che si puniscono salva la vita, la libertà e la cittadinanza del reo (2).

7.° In ragione dello *speciale rigore* con cui la legge riguarda alcuni delitti, essi si dividono in *eccettuati* e *non eccettuati*. Eccettuati diconsi quelli che per la particolare loro gravezza non restano compresi nelle *generali grazie* che i Sovrani sogliono impartire nel loro innalzamento al trono, o in occasione d'altra publica esultanza. Eccettuati diconsi pur quelli, i quali per la stessa ragione della loro gravezza non godono dell'*immunità locale ecclesiastica* (3). Non eccettuati quelli che restano compresi nelle *grazie* de' Principi e che fruiscono della detta immunità.

8.° In ragione del nome che la legge ha dato alla maggior parte de' delitti altri diconsi *nominati*, altri *innominati*. Nominati sono la perduellione, l'eresia, la bestemmia, l'omi-

(1) Renazzi Elem. jur. crim. lib. 1. cap. XIV. §. V. n. 2.

(2) Ant. Matth. Proleg. Cap. IV. n. 5.

(3) Essi sono indicati nell'Appendice al Regolamento organico 5. Novembre 1831.

i secondi quando con persone diverse si replica la medesima azione criminosa.

Sotto un altro aspetto chiamansi *continuati* que' delitti, ne' quali l'azione che li costituisce è *diuturna* e *continuata*, come la bigamìa, la cui azione dura finchè l'una o l'altra delle due mogli non muore; l'apostasìa, l'eresia, le quali durano finchè vive l'apostata, l'eretico, o finchè esso non *abjura* il proprio errore; il contratto feneratizio, in cui considerasi continuato il delitto finchè il mutuante persevera a riscuotere le usure e simili (1).

§. II.

Oltre le divisioni dei delitti fin qui enunciate la Scienza nostra ne riconosce un'altra che è propria unicamente del Diritto romano, perchè discende dalla forma speciale del giudizio, con cui rispettivamente venivano giusta quel Diritto perseguitate le sociali offese. In ragione pertanto di queste varie speciali forme i fatti criminosi altri appellansi *delitti publici* (2) altri *delitti privati*, altri *delitti straordinarj*, altri *azioni popolari*. I delitti publici differivano dai delitti privati in tre cose: 1.° nell'accusa, la quale ne' primi competeva a qualunque cittadino, ne' secondi alle sole persone lese dal delitto: 2.° nel modo di procedere, poichè ne' primi si procedeva con molte solennità stabilite dalla legge, ne' secondi *fuori d'ordine:* (*extra ordinem*) 3.° nell'indole della pena, la quale nei primi era tutta *terrifica* e diretta al publico esempio: ne' secondi mirava più all'indennità dell'offeso che alla difesa publica.

Ma prima di progredire in questa quadruplice divisione ci è d'uopo fermarci nella ricerca, *perchè i Romani introdotto*

(1) Cremani de jur. crim. lib. 1. part. III. cap. IV. §. XI.

(2) I delitti publici presso i Romani chiamavansi anche *crimina*; ma si avverta per la retta intelligenza delle romane leggi, che in esse la parola *crimen* significa spesse volte l'accusa, come nella *leg.* 2 *ff. de concuss.* ed in varie altre.

avessero questa distinzione di delitti publici e privati. Il Gomez commentando la *leg. unic. Cod. quando civilis actio crimin. praejud.* ha creduto scorgerne la vera ragione nella pretesa incompatibilità della pubblica accusa coll'azione privata e nella convenienza di denegare la publica accusa in quei delitti, la cui pena ridonda a vantaggio del privato leso, per non pregiudicare i diritti di questo ammettendo gli estranei alla persecuzione dell'azione criminosa. Ma l'Anton Matteo ha di buon senno disapprovata questa spiegazione facendo osservare 1.° che la publica accusa non è incompatibile con l'azione privata, ed in prova cita la stessa *leg. unic. Cod. eodem* ove si accenna poter concorrere per lo stesso fatto nella medesima persona tanto l'azione publica della legge *Fabia de plagiariis*, quanto l'azione privata *de furto*, come pure la *leg. 23. §. si dolo ff. ad leg. Aquil.* ove pel servo dolosamente ucciso si accorda tanto l'accusa publica della *Cornelia de sicariis*, quanto l'azione privata discendente dall'*Aquilia*: 2.° la publica accusa non portare di necessaria conseguenza il pregiudizio de' privati lesi dal misfatto, ai quali anzi viene impartito anche ne' publici delitti uno speciale riguardo come apparisce in genere dalla *leg. 16. si plures ff. de accusat.*, ed in ispecie dalla *leg. Giulia de adulteriis*, in cui il marito offeso dall'adulterio proponendo l'accusa entro due mesi utili viene preferito a qualunque altro accusatore. Rigettata adunque la ragione del Gomez riconosciuta manifestamente falsa, ritroveremo la vera investigando l'indole del processo accusatorio. Ella è questa. Quando un Legislatore o per essere coerente alla forma di Governo, o per qualunque altro motivo si determina ad adottare il metodo di accusa publica per la persecuzione de' delitti, è indispensabile che separi le azioni criminose in due classi ponendo in una quelle in cui la diminuzione della publica sicurezza, ossia il danno sociale, è superiore al danno privato, e nell'altra quelle in cui più si fa sentire il danno privato che il sociale detrimento. Delle prime deve essere aperta l'accusa ad ogni cittadino: rapporto alle seconde deve essere ristretto il diritto di accusarle alla sola parte lesa; im-

perciocchè quanto è consentaneo ai principj della virtù politica che contro i delitti della prima classe insorga per amore del publico bene qualunque cittadino benchè non colpito particolarmente dal misfatto, altrettanto sarebbe disdicevole che una offesa d'indole privata, in cui minimo è il senso dell'*allarme* e solo si fa sentire il danno dell'individuo leso, dovesse essere perseguitata da ogni cittadino, che deve scuotersi alla offesa dell'ordine politico, non a private ingiurie.

Premessa questa considerazione mi credo in dovere di enumerare quali fossero i *delitti publici* secondo l'ultima legislazione romana. Essi erano tutti quelli che discendevano dalle seguenti leggi — la legge Giulia *majestatis*, la legge Giulia *de adulteriis*, (Costantino Magno però fece l'adulterio di accusa privata) la legge Cornelia *de sicariis et veneficis*, la legge Pompeja *de parricidiis*, la legge Cornelia *de falsis*, la legge Giulia *de vi publica et privata*, la legge Giulia *peculatus*, la legge Fabia *de plagiariis*, la legge Giulia *de ambitu*, la legge Giulia *repetundarum*, la legge Giulia *de annona*, la legge Giulia *de residuis*. Tale è l'enumerazione che ne fa Giustiniano Instit. lib. IV. tit. ult.

I delitti privati erano *il furto*, *la rapina*, *il danno dato e l'ingiuria*.

Sogliono alcuni Scrittori proporre qui la ricerca — *se e quali siano*, *giusta le odierne legislazioni d'Europa*, *i delitti pubblici e quali i privati*. Siffatta indagine sotto un certo aspetto può considerarsi oziosa; sotto un altro non è scevra di qualche utilità. È oziosa, se si crede con tale investigazione di conoscere quali siano i delitti suscettivi di essere da qualunque cittadino accusati, poichè in Europa è cessata quasi da per tutto ogni traccia del processo accusatorio, ed osservasi in luogo di esso l'inquisitorio, in virtù del quale è tolta ai privati cittadini la facoltà della pubblica accusa ed è la difesa sociale affidata ad alcuni funzionarj o Magistrati costituiti a tal uopo dalla Sovranità, come vedremo a suo luogo nel libro III. È utile quando sia diretta a ricercare quali siano al giorno d'oggi que' delitti, contro i quali per alcuni gravi

motivi di convenienza politica non è permesso d'inquirere se non ad istanza della parte lesa. Prendiamo adunque la questione sotto questo aspetto e risolviamola ai termini delle due legislazioni Gregoriana e toscana.

In forza delle *Costituzioni Egidiane*, che in questo tema hanno nel nostro Stato vigore di legge, non può procedersi di officio contro i rei d'incesto, adulterio, stupro, fornicazione se non precede l'istanza dei congiunti, al cui onore interessa la punizione di simili delitti, eccettuato il caso che questi siano publicamente notorj (1). E ciò per quello stesso motivo che mosse Costantino a rendere privata l'accusa dell'adulterio, poichè come quell'Imperadore temette che la publica accusa di questo delitto potesse talvolta turbare i matrimonj pacifici (2), così l'Autore di quelle Costituzioni mirò a preve-

(1) Queste costituzioni sono opera del celebre Cardinale Egidio Albernoz, che fu spedito nel 1358 da Innocenzo VI., residente in Avignone, nagli Stati della Chiesa posti a sommossa dal Visconti, e che colla forza del braccio e della mente seppe ridurre a quiete e riverenza i popoli degli Stati Pontificj. Ecco il testo delle prefate Costituzioni. » Item quia propter falsas aliquorum nequitiae filiorum accusationes, seu » delationes super incestu, et adulterio (quod inter aliquas personas » praetenditur perpetratum) interdum turbantur matrimonia quiescentia, » et quo ad thorum periculose et indebite separantur: nascuntur inter » ipsos amicos odia, et scandala generantur: nos huic morbo aequam » et congruam volentes adhibere medelam, eadem auctoritate statuimus, » et ordinamus, quod in criminibus incesti, et adulterii, stupri, for» nicationis, nullus *accusando* vel *defendendo* privatim vel publice » admittatur, nisi esset pater, mater, avus, vel avia, filii, et nepotes » utriusque sexus usque ad secundum gradum, fratres et sorores, et filii » fratrum, et sororum: qui *praenominati solum* ad praedictam accusa» tionem, seu delationem, quia domus, et generis sui quoddammodo » prosequuntur injuriam, admittantur » Constit. Ægid. lib. 4. cap. 69. Ove (per non urtare i principj più ovvii di ragione) è d'uopo intendere che il padre, la madre, l'avo e l'ava fossero i soli ammessi all'accusa; ai figli poi e nipoti, ed agli altri successivamente nominati fosse riserbata la difesa.

(2) Leg. 30. Cod. ad leg. Juliam *de adulteriis*.

nire i disordini, che dal procedimento dei competenti magistrati per la punizione degli adulterj, degli stupri, degl'incesti ec. non provocato da alcun attinente delle rispettive famiglie, derivar potevano, cioè la distruzione della concordia dei conjugi, l'odio fra congiunti, e lo scandalo de' cittadini anche estranei.

Il Regolamento di procedura 5. novembre 1831. dispone nell'art. 6.° che — *nei delitti, nei quali la legge richiede la istanza della parte per agire in giudizio criminale, la pubblica autorità non può procedere senza di questa istanza.* Il Regolamento penale poi non contiene altra disposizione correlativa alla precedente, se non l'art. 359, ove si dice essere di azione privata i delitti contemplati nei due antecedenti articoli 357. e 358., che tutti si riducono alle specie della truffa. Il perchè ne' primi anni dall'attivazione di que' due Regolamenti si dubitò, che i delitti riservati alla querela del privato fossero soltanto quelli designati ne' surriferiti due articoli 357. e 358. del penale Regolamento. In appresso i Tribunali Supremi dello Stato mostrarono col fatto di rispettare la sanzione delle Costituzioni Egidiane riguardo a tutti i delitti contro l'ordine delle famiglie; e gli altri Tribunali dello Stato si uniformarono ad una pratica sì ragionevole e giusta. Per uso del Foro poi richiedesi l'istanza della parte lesa per procedere anche contro le lievi ingiurie, e contro le offese reali non accompagnate da contusione, lacerazione od altra simile lesione personale. Il perchè possono oggi appo noi farsi tre categorie di delitti riservati all'accusa del privato: 1.° i delitti contro l'ordine delle famiglie: 2.° i delitti di stellionato, ossia di truffa: 3.° le lievi ingiurie e le lievi offese reali. Nei primi l'esclusione dell'inquisizione d'ufficio è consigliata dallo importante scopo di conservare la pace delle famiglie: ne' secondi dal fine d'ispirare al ledente un maggiore interesse di indennizzare la persona lesa del danno sofferto: nelle ultime dalla vista di favorire le riconciliazioni fra i cittadini e dar loro occasione di esercitare la bella virtù del perdono.

Le leggi toscane riconoscono parecchi delitti di azione

privata, alcuni così dichiarati dalla legge, altri da osservanze giudiziali. Dal prontuario delle leggi toscane stampato in Firenze pel *Cambiagi* nel 1838. apparisce (pagina 190) che l'art. 5.° della Sovrana legge 30. agosto 1795. aggiunse ai delitti privati contemplati nella precedente legge 30. novembre 1786. la truffa e lo stellionato per qualunque somma. Disponeva però il detto articolo, che il privato, dopo aver dato moto colla sua accusa o querela all'azione criminale contro i suddetti due delitti, non fosse più in facoltà di sospendere colla sua quietanza il corso ulteriore degli atti nè d'impedire in veruna minima parte l'applicazione della pena. L'art. 535. delle dichiarazioni emanate sulla riforma giudiziaria del 1838. statuisce che la quietanza del querelante è efficace in tutti i delitti privati a perimere il corso degli atti, finchè non è trasmessa la citazione ai testimonj pel pubblico giudizio. Pel delitto di adulterio però la quietanza è sempre efficace a togliere l'applicazione della legge penale in qualunque stadio del giudizio venga essa presentata. Art. 536. delle succitate dichiarazioni. Il Codice penale del 1853. ha estesa quest'ultima disposizione a tutti i delitti di azione privata, come vedemmo alla pag. 283., per cui la quietanza è sempre efficace purchè sia presentata prima della pronuncia della sentenza, colla quale ha fine il giudizio. Al che l'illustre Professor Mori fa plauso dicendo nella sua *Teorica* pag. 115, che è più coerente a se stesso il Legislatore, quando dopo aver rimesso ad arbitrio del privato il dar moto per alcuni delitti all'inquisizione, attribuisce ancora al privato stesso la facoltà di farla cessare. In conclusione poi le leggi toscane punto non differiscono dai Regolamenti Pontificj in questa materia, perchè anch'esse annoverano tra i fatti criminosi di azione privata *i delitti contro l'ordine delle famiglie*, *le truffe e gli stellionati*, e finalmente *le ingiurie verbali*, *e le offese leggiere*, che l'art. 286. delle dichiarazioni determina esser quelle, che non lasciano traccia sul corpo del leso.

Riprendiamo ora il corso delle nostre idee, e facciamoci ad indicare i caratteri dei delitti straordinarj e delle azioni

popolari. Per ben comprendere l'origine di quelli è a sapersi che dopo il passaggio del diritto di giudicare i delitti publici dai Re ai Consoli e dai Consoli al Popolo mediante la legge *Valeria*, che accordò ai rei il diritto di appellare avanti di esso, e dopo che fu fatta la legge — DE CAPITE CIVIS NISI PER MAXIMUM COMITIATUM DEFERUNTO, pressochè tutti i delitti si giudicavano nelle adunanze popolari. Ma crescendo il numero di essi divenne incomodo l'adunare sì spesso il Popolo, e allora questi trovò conveniente di nominare i Questori (*Quaesitores*) per la cognizione de' delitti publici, i quali sul principio furono chiamati *quaesitores parricidii*, perchè la parola *parricidium* in origine comprendeva sotto di sè tutti i gravi delitti (1). Questi Questori coll'andare del tempo giunsero fino al numero di otto secondo alcuni e secondo altri di dieci. Ma il Popolo non volle spogliarsi del tutto della facoltà di giudicare, ed essendosi riserbata la cognizione di alcuni delitti, questi si dissero straordinarj *a cognitionibus extraordinariis* dalle adunanze straordinarie del popolo. In seguito anche i delitti straordinarj furono demandati alla cognizione di alcuni Magistrati, ma continuarono a distinguersi dai delitti publici, perchè in questi si osservavano tutte le formalità stabilite dalla legge, in quelli si procedeva arbitrariamente e fuori d'ordine. Gl'Imperatori poi, secondo alcuni eruditi, bramosi di portare in tutto l'arbitrio moltiplicarono a tal segno i casi di poter procedere *extra ordinem*, che a poco a poco sparirono totalmente quelle salutari forme di perseguitare i delitti, che l'amore della libertà civile avea introdotti. Questa opinione è confermata da quanto dice il G. C. Paulo nella leg. 8. *ff. de publicis judiciis — ordo exercendorum publicorum (judiciorum* (*)) *capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.* Tuttavia i delitti publici conservarono sempre il loro nome,

(1) Gravina de ortu et progressu juris civilis Cap. XXXVI.

(*) Così leggesi nell'Edizione Parigina del 1533.

la publica accusa e la pena stabilita dalla legge. *Instit. lib. IV. tit. XVIII.*

Deve qui notarsi che siccome i delitti straordinarj si assomigliano ai privati in queste due cose che negli uni e negli altri si procedeva fuori d'ordine, e che l'accusa della maggior parte de' primi era limitata agli aventi interesse come in ciascuno de' secondi, così varj Autori, ai quali sembra accostarsi anche l'Anton Matteo (1), hanno creduto che i delitti privati non differissero in conto alcuno dagli straordinarj. Ma questa opinione viene confutata dal Professor Nani, il quale osserva 1.° che nelle stesse Pandette sono separati i titoli dei delitti privati da quelli dei delitti straordinarj, lo che non sarebbe se fra loro non differissero: 2.° che dai delitti privati nasceva un'azione ordinaria competente alla persona lesa, cosicchè gli effetti della condanna ridondavano a vantaggio di lei; dagli straordinarj viceversa non sorgeva alcuna ordinaria azione, ma solamente spesso la persona lesa, e talvolta chiunque del Popolo, poteva proporne l'accusa *extra ordinem;* ma quantunque talvolta vi si cumulasse la pena pecuniaria come nella concussione, essa però andava a vantaggio del Fisco (2).

I delitti straordinarj erano il *procurato aborto*, *lo scopelismo*, *la concussione*, *l'abigeato*, *la prevaricazione*, *la ricettazione*, *il furto balneario*, *lo stellionato* e varj altri.

Finalmente le azioni popolari avevano questo di proprio, che potevano proporsi da chiunque del Popolo, purchè rivestito del diritto di postulare, e che la multa andava a favore del deferente. Anzi il Carmignani nota un'altra disparità fra esse e i delitti privati, cioè che questi erano di cognizione dei Giudici designati dal Pretore, quelle di cognizione pretoria. Paulo definisce l'azione popolare in questi termini — *Eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populo tuetur. Leg. 1. ff. de popul. action.*

Le azioni popolari erano *il sepolcro violato*, *il termine*

(1) Proleg. Cap. IV n. 7.
(2) Nani ad Matth. loco cit. nota 4.

rimosso, l'albo corrotto, quella che nasceva dall'Editto *de dejectis vel effusis*, (Dig. lib. IX. tit. III.) e quella che sorgeva dal S. C. Silaniano contro chi aprisse il testamento del cittadino ucciso, prima che fossero torturati i servi e puniti i colpevoli. Dig. lib. XXIX. tit. V. (1).

Indicati così i speciali caratteri delle quattro specie d'azioni criminose secondo il Diritto romano, soggiungerò in fine coll'Anton Matteo essere irragionevole la censura fatta da taluni a questo Diritto di avere confusi i delitti publici cogli straordinarj e privati. Essi dicono 1.° anche pei delitti straordinarj veggonsi nelle Pandette tracciate le pene: 2.° in molti casi per lo stesso fatto si concede l'accusa publica e la straordinaria, come per esempio l'uso di stadere adulterine nella vendita de' generi annonarj è non solo colpito dalla leg. Corn. *de falsis: leg. hodie ff. eodem*, ma anche può accusarsi *extra ordinem : leg. annonam §. onerant ff. de extraord. crim.* — il monopolio contro l'annona soffre non solo l'accusa publica della leg. Giulia: *leg. 2. Dig. eodem*, ma ancora l'accusa straordinaria: *citata leg. annonam in princip. ff. de extraor. crim.* — la compra e vendita di un figlio di famiglia va soggetta non solo all'accusa publica della legge *Fabia*, o come altri leggono *Flavia: leg. 1. ff. eodem*, ma ancora all'azione privata di furto: *Inst. lib. IV. cap. I. §.* 9. ed adducono altri simili casi. A queste obbiezioni rispondiamo 1.° che se ne' delitti straordinarj vedonsi nelle Pandette indicate alcune pene, queste discendono dalle costituzioni de' Principi e dai responsi de' Prudenti, non mai dalle leggi de' publici giudizj *leg. 1. ff. de abigeis: leg. 2. Dig. de receptat: leg. 1. ff. de fur. baln.* 2.° che quantunque qualche specie particolare di delitto, accennata nelle leggi de' publici giudizj possa ammettere tanto l'accusa publica, che la straordinaria o l'azione privata, non lascia però di essere nella romana legislazione chiaramente qualificato il delitto principale per appartenente ai publici o ai privati giudizj. Così il delitto di falso testamentario e numma-

(1) Pothier Tom. 4. pag. 387. Edit. Paris.

rio non cessa di essere un vero delitto publico, quantunque una particolare specie di falso aggiunta dai Prudenti nella cit. leg. *hodie ff. eodem*, cioè la falsificazione delle misure, ammetta anche l' accusa straordinaria. Così il furto non cessa di essere un delitto privato, perchè una specie particolare di esso contemplata dalla *leg. 1. ff. ad leg. Fab. de Plagiariis*, cioè la compra e vendita di un uomo libero, ammetta anche l' accusa publica; e lo stesso dicasi di tutti gli altri casi citati dagli oppositori.

§. III.

La competenza del Foro somministra un' altra distinzione dei delitti, che nel nostro Stato è triplice essendovi i delitti *meramente ecclesiastici*, quelli *meramente laici*, e quelli *di misto Foro*. L' indole particolare di alcuni misfatti traendo seco la necessità nel giudicarli di conoscere dei dogmi della Religione, ha fatto saviamente attribuire la privativa giurisdizione de' medesimi agli ecclesiastici Antisti. Tali sono *l' eresìa*, *lo scisma*, *l' apostasìa*, *la simonìa*, *la bestemmia ereticale*. Meramente laici sono quelli in cui non concorrendo alcun particolare motivo per demandarli al Foro ecclesiastico, ragion vuole che siano conosciuti dai Tribunali ordinarj. Essi sono la *lesa Maestà*, *l' omicidio*, *il furto*, *la rapina* e infiniti altri. Di misto Foro finalmente sono quelli in cui può procedere tanto l' ecclesiastico Giudice, quanto il secolare, per lo che ha luogo fra essi *la prevenzione*, cioè è preferito il più diligente nell' inquirere: Art. 74. del Regolamento organico 5 Novembre 1831. Tali sono i delitti contro l' ordine delle famiglie come *l' adulterio*, *lo stupro*, *l' incesto* ed inoltre *il furto sacrilego*, *l' usura*, *la bestemmia non ereticale* e secondo alcuni (non so quanto rettamente) anche *l' assassinio*. Giusta l' origine storica di questa *competenza mista*, derivata dalla speciale cura ch' ebbe sempre la Chiesa di proteggere il buon costume delle famiglie, senza il quale va a pervertirsi anche lo spirito religioso, i soli delitti contro l' ordine di famiglia dovrebbero cadere sotto sif-

fatta competenza. Ma vi cadono anche il furto sacrilego, l'usura e la bestemmia non ereticale, il primo e l'ultima perchè sia meglio tutelata la religione, la seconda come quella che viola il precetto evangelico — *benefacite, et mutuum date nihil inde sperantes*. Luca 6. 35.

La Gregoriana legislazione ha stabilito che pe' delitti meramente ecclesiastici rimangano in vigore le leggi canoniche. Art. 7. del Regolamento 20 Settembre 1832. In conseguenza questo Regolamento contempla soltanto i delitti meramente laici e quelli di misto foro.

§. IV.

Ogni Scienza ha i suoi principj generali e particolari. I primi sono altrettanti canoni fondamentali, che costituiscono il criterio della scienza: i secondi sono le regole per le quali i generali principj vengono ai casi speciali congruamente applicati. Così in materia di criminale Diritto non basta il parlare dei delitti e delle pene in genere e dei metodi di procedimento che può tenere la Società per giungere a distinguere il colpevole, a non confonder con esso l'innocente, a decretar legalmente contro il primo la pena, o a rimoverla dal capo del secondo; ma è pur necessario trattare di tutti i singoli delitti, che sono altrettante alterazioni dell'ordine sociale col mostrare la loro indole, gli estremi che li costituiscono, e le pene loro applicate od applicabili per la efficace ed equa difesa sociale.

Ma la suddetta trattazione speciale dei delitti non sarebbe se non una indigesta congerie di regole, ove non venisse preceduta da una retta classazione dei medesimi. La classazione dicemmo essere d'uopo dedurla dal più importante carattere che essi presentano. I delitti offrono generalmente parlando nel loro aspetto scientifico *dolo*, *danno immediato*, *spinta criminosa*, *danno politico*, *imputazione politica*. L'uno o l'altro di questi caratteri isolatamente, o più di essi ad un tempo presi in ragione composta, dovranno certamente servire alla retta classazione dei delitti.

Qui sarebbe pregio dell' opera il dimostrare quali de' suddetti caratteri debbansi abbracciare quali rifiutare per fondamento della classazione, l' indicare i varj metodi seguiti dai più celebri autori, il presceglierc quello che gli odierni progressi della scienza hanno fatto conoscere come il più opportuno. Ma tutto ciò lo riserbiamo, come a sua propria sede, all' *Introduzione* che precederà il IV. libro.

Frattanto qui giova l'esporre un quadro sinottico della classazione, che verrà da noi a suo luogo giustificata, e adottata.

Nell' assoluta necessità, in cui sarem posti, come si vedrà, di assumer per base della classazione il *danno politico* considerato in ragione composta della *politica imputazione*, che è di tre specie *criminale, correzionale, e di polizia* (pag. 92), si vedrà sorgere la primaria classazione delle azioni criminose in *delitti propriamente detti*, e *delitti di polizia* (1).

I primi potendo danneggiare ora l' intiera società *immediatamente*, ora il privato cittadino *immediatamente*, e *mediamente* la Società, saranno chiamati nel primo caso *politici*, nel secondo caso *politico-civili.*

I delitti politici poi se saranno vôlti contro il poter centrale ossia il Governo si chiameranno *politici direttamente*, perocchè il loro effetto percuotendo la sede della vitalità sociale rendesi eminentemente politico. Se poi attaccheranno quegli elementi che cospirano col Governo a fare stabili e felici le Nazioni, cioè *la Religione*, *il Diritto delle genti, la tranquillità publica*, *la giustizia publica*, la *continenza publica* e la *publica fede*, in tal caso si chiameranno *politici indirettamente.*

Quanto poi ai *delitti politico-civili*, considerando che il loro effetto dannoso cade immediatamente sul privato cittadino,

(1) L' imputazione correzionale non entra nelle viste della classazione, perchè il delitto cangia di *grado* e non di *qualità* se invece d' esser commesso con dolo lo fu con colpa. Quindi è che trattando di que' delitti, nei quali si può incorrere tanto per dolo quanto per colpa, si possono essi senza confusione d' idee considerare sotto ambi gli aspetti in una sola sezione.

considerando che il cittadino è suscettibile di offesa nei *quattro beni o diritti*, che costituiscono il suo dominio naturale e sociale, cioè *la proprietà personale*, *l'ordine di famiglia*, *la stima* e *la proprietà reale*, apparirà senz'uopo di dimostrazione, che essi delitti debbono suddividersi in quattro classi, secondo che feriscono l'uno o l'altro dei detti quattro beni, o diritti. Che se avverrà che un delitto violi più di que' beni ad un tempo, caso concepibile nel latrocinio consumato subbiettivamente e obbiettivamente, nel quale si ha l'omicidio e lo spoglio al tempo stesso, allora la classazione dell'azion criminosa sarà desunta dal diritto più grave, che s'infrange. Il latrocinio pertanto apparterrà alla prima e non alla quarta classe dei delitti *politico-civili.*

FINE DEL LIBRO PRIMO

LIBRO II.

DE' MEZZI, ONDE LE SOCIETÀ CIVILI VENGONO A PREMUNIRSI CONTRO I DELITTI

INTRODUZIONE

Nel primo libro abbiam veduto tutto ciò, che si attiene ai delitti in genere, che sono le innormalità, le malattie del Corpo sociale. In questo dobbiam trattare de' rimedj, co' quali si prevengono le dette innormalità, o, avvenute che siano, se ne riparano i nocivi effetti. In quella guisa, che l'uomo per evitare i morbi deve osservare un buon regime di vita, e, seppur cada in quelli, deve con opportuni farmaci ripararne le dannose conseguenze, della stessa foggia le società civili hanno anch'esse il loro buon regime di vita, onde si minora il numero dei delitti, ed hanno pure le medicine atte a riparar la jattura derivante da quelle offese sociali, che ad onta del più cauto ed avveduto ordinamento politico sovente si avverano. Ecco perchè fin dal primo capitolo di questo corso notammo esservi nella scienza politica un *Magistero preventivo*, ed un *Magistero punitivo*, (pagine 19 e 26), nel primo de' quali consiste la *Igiene politica*, ossia l'arte di conservare per quanto è umanamente possibile la salute del civile consorzio, nel secondo sta la *Medicina politica*, ossia l'arte di applicare i rimedii ai morbi, che infestano il consorzio stesso. Anche questa per verità ha in sè il carattere di *prevenzione*, in quanto che la Sovranità mentre castiga il delinquente con piena giustizia per la da lui perduta inviolabilità e per la responsabilità, che il grava di risarcire il danno po-

litico da lui cagionato, agisce col salutare esempio della pena sull'animo degli altri malvagi per retrospingerli dal delinquere. Ma la differenza fra i mezzi *non coattivi* ed i *coattivi*, che sono le pene, sta in questo, che i primi producono una prevenzione *mediata* e *indiretta* delle offese sociali, i secondi una prevenzione *immediata* e *diretta*, talmente che associata l'opera de' secondi a quella de' primi le turbative dell'ordine sociale si minorano di tanto da raggiungere la pubblica sicurezza. Ora definiamo con precisione il carattere de' due Magisteri.

L'ufficio del primo è riposto nel *saper disporre e combinare nello stato sociale le cose e le circostanze in modo, che gl'individui collegati sieno eccitati più che sia possibile a mantenersi nell'ordine voluto dalla giustizia ed abbiano il meno possibile d'interesse ad allontanarsene.* L'ufficio del secondo ha per iscopo di *trascegliere, proporzionare e porre in opera i mezzi punitivi, ossiano le pene, secondo l'esigenze sociali ne' limiti della necessità e della giustizia in modo, che ai singoli delitti succedano congrue e proporzionate pene atte a restaurare l'equilibrio sociale e a ridurre i misfatti al minor numero possibile.*

Per serbare l'ordine logico delle idee dovremmo cominciare dal primo, ma diamo la preferenza al secondo, perchè ci riguarda più prossimamente.

PARTE II.

DEL MAGISTERO PUNITIVO

CAPITOLO I.

Dell'origine morale e storica della pena civile.

SOMMARIO

§. 1. *Introduzione alla questione.*
§. 2. *Come l'uomo, tuttochè creato colla volontà tendente al bene, incorra nel delitto.*
§. 3. *Origine morale della pena civile.*
§. 4. *Origine storica della medesima.*

§. I.

Con molto senno osservava il Romagnosi, che chiunque si proponga di esplorare l'origine della pena civile deve distinguere tre specie di origini, le quali sono tra loro sostanzialmente differenti. La prima è l'origine *naturale metafisica*, la quale è quella derivazione della pena dai principj del naturale Diritto, per cui la pena stessa viene ad acquistare il carattere di giustizia. La seconda è l'origine *morale*, che ci si svela quando investighiamo il complesso dei motivi dedotti dall'indole dell'uomo, che consigliarono le nazioni ad impiegare un mezzo doloroso contro i delitti. La terza è l'origine *storica*, e questa ci si appalesa allorchè indaghiamo mercè la fiaccola della storia la progressiva successione delle idee, che l'applicazione della pena al delitto suscitò ne' popoli giusta la varia

età loro, e giusta il grado o incipiente, o inoltrato più o meno, del loro incivilimento. La prima origine fu accuratamente spiegata nel primo capitolo di questo libro e riepilogata nel capitolo secondo. Della seconda e della terza andiamo ora ad occuparci.

§. II.

L'uomo, Essere misto di animalità ed intelligenza, è mosso ad operare da due nature affatto diverse fra loro, l'una *istintiva*, l'altra *razionale*. Dalla prima è generato l'amore del godimento sensibile, ossia la *concupiscenza*; alla seconda è inerente l'amore del bene oggettivo e assoluto, proprio della *volontà*. Quella tende a procacciarsi sempre i piaceri attuali e sensibili: questa tende a conseguire il vero bene, cui si giunge mediante l'esercizio delle proprie facoltà in conformità alla legge dell'ordine, cioè dirigendole al perfezionamento proprio e a quello degli altri.

Finchè l'uomo è nel primo stadio della sua età (l'infanzia) egli è guidato quasi esclusivamente dalla natura istintiva: egli non cerca che i piaceri attuali e sensibili: egli appena sospetta che possa esservi il caso di dover sacrificare questi piaceri proprii al rispetto o al vantaggio degli altri per conseguire il vero bene. Tosto che però col crescere dell'età la sua ragione s'illumina gli si rivela un ordine più sublime. Egli conosce che non è posto sulla terra per se solo, ma bensì per servire alle viste del Creatore, alla gloria di lui, coll'operare al bene de' suoi simili: egli conosce che non può conseguire felicità a prezzo della felicità degli altri: egli conosce che non è lecita quell'azione, che viola gli altrui diritti: egli conosce infine che in tutto ciò sta il *vero assoluto*, che per questo modo egli raggiunge la sua nobile destinazione, che è il conseguimento del BENE nel compimento eterno dell'ordine. Quest'ordine è chiamato *morale*, perchè è quello onde deriva il retto costume degli uomini, la virtù.

Ogni qual volta gli uomini si trovano posti nel bivio o di rinunciare ad un piacere attuale e sensibile, o di procurar-

solo mediante la violazione degli altrui diritti, essi sentono da un lato la natura *istintiva* che li stimola a preferire il secondo partito; sentono dall'altro la *ragione*, che fa loro conoscere il dovere di preferire il primo. Si verifica allora un conflitto fra le due nature *istintiva* e *razionale*, conflitto nel quale gli uomini in virtù del libero arbitrio, di cui Dio sapientemente li dotò, hanno la coscienza di una forza interna, che li rende capaci di rinunciare al piacere attuale e sensibile ed abbracciare l'onestà e la virtù (1). In questo conflitto mentre taluni fedeli al dovere fanno imperare la natura razionale sulla istintiva, e postergano, in olocausto alla prima, il piacere sensibile, altri concedono invece il trionfo alla natura istintiva sulla ragione, e calpestano il dovere per appagare la concupiscenza.

Qui è di grave importanza lo avvertire, che sebbene ogni volta che la natura istintiva trionfa sulla ragione traendo l'uomo al delitto, ciò avvenga sempre per l'attrattiva del piacere, pure questo opera sull'uomo ora come piacere diretto ora come cessazione di un dolore. (2). Il primo caso si avvera nei

(1) Spetta alla scienza rivelata il dichiarare come per la colpa d'origine la duplice natura che costituisce l'uomo sia stata posta in uno stato di disordine, per cui la natura istintiva è resa ricalcitrante alla razionale. — *Video autem aliam legem in membris meis repugnantem legi mentis meae. S. Paolo ad Rom. VII.* 23. Onde il libero arbitrio facilmente soccomberebbe se non venisse coadjuvato e soccorso potentemente dalla grazia divina.

Questa disquisizione eccede i limiti e la competenza della nostra scienza.

(2) Cartesio definì il piacere — *la coscienza di qualche nostra perfezione*; Wolfio *l' intuitiva cognizione o percezione di una perfezione o vera od apparente*; Sulzer *l' avidità dell' anima per la produzione delle sue idee*. L'inesattezza di queste tre definizioni, che non abbracciano una gran parte di piaceri fisici, ha impegnato il genio di Maupertuis a presentarne un' altra, dicendo essere il piacere *una situazione grata in cui l' uomo vorrebbe esser sempre*. E finalmente l' anonimo elegante autore delle *idee sull' indole del piacere* lo definisce: *una cessazione rapida del dolore*. In questo conflitto di opinioni ci limitiamo ad osservare che se la definizione di Maupertuis fu criticata,

misfatti, che tendono al conseguimento delle cose appetibili; il secondo ne' delitti di violenza, cioè in quelle azioni criminose, cui l'uomo commette per vendicarsi di una offesa ricevuta, cioè per attutare in sè il dolor morale cagionato da questa. In ambi i casi però l'uomo sente, ch'era in suo potere di far trionfare la ragione: sente che non gli è permesso nè di procurarsi il piacere diretto calpestando i diritti de' suoi simili, nè di sopire un dolore, che il suo disordinato amor proprio si crea per bramosia di vendetta, apportando lutto al suo simile con atti di violenza. La bruttezza della prima azione gli viene palesata dalla convinzione dell'inviolabilità che risiede in tutti gli uomini; la bruttezza della seconda gli è resa nota dai doveri di cittadino. Imperocchè egli ben sa, che se l'offesa da lui ricevuta era legittima perchè derivata dall'esercizio di legittima autorità naturale o politica, egli deve rassegnarvisi ed il reagire è turpe rivolta al buon ordine civile; se l'offesa era illegittima gli è aperta la via del ricorso ai tribunali, ma gli è interdetto l'uso della forza privata, che spingerebbe la società negli orrori dell'anarchia. Queste verità sfolgorano agli occhi del delinquente, ma egli per amor del piacere sensibile volontariamente le calpesta, d'onde il notissimo detto — *Video meliora, proboque, deteriora sequor.* Egli adunque contrae un vero demerito coll'operare in tal guisa, ed è a lui dovuto il castigo, come ne lo avverte con voce insoffocabile il rimorso. Invano per iscusarsi egli direbbe, che la natura istintiva lo ha trascinato. Il Creatore a lato di questa

perchè offre un *idem per idem*, quella dell'anonimo ha il difetto di non essere *invertibile*, perchè ogni cessazione rapida del dolore è un piacere, ma non ogni piacere è una cessazione rapida del dolore. Noi poi non intendiamo impegnarci nel definire il valore di una parola che Lock dichiarò essere rappresentativa d'una *idea semplice ed indefinibile*, e la cui forza ciascuno sente in se stesso. Basta al nostro scopo l'aver per fermo sull'autorità dell'anonimo, e su quella anche più autorevole dell'intimo senso, che la cessazione del dolore si risolve in un piacere.

ha collocato la ragione, perchè domini su quella. Invano per giustificarsi egli ricorrerebbe al sofisma, che l'error suo fu di mero intelletto, ch'egli prese in iscambio il bene apparente pel reale. No: l'idea di giustizia, il dicemmo Cap. I. §. I., è ingenita nell'uomo: essa ha una voce imperiosa che si fa sentire anche nel cuore dell'uomo scellerato: questo stesso alzerebbe acute querele se a carico di lui si commettesse ciò che egli a danno degli altri commette: quest'istesso quando è tradotto in giudizio cerca bensì di negare il misfatto per ischermirsi dalla pena, ma non ha il coraggio di dire che il delinquere è diritto, o che per errore d'intelletto prese il vizio per virtù. Eg'i quando si difende invoca la sua inviolabilità: dice al suo giudice — *tu non puoi assoggettarmi a pena finchè io non sarò convinto d'aver commesso il misfatto.* Or come potrebbe egli negare l'inviolabilità degli altri, sostenendo la propria?

Fatto palese così, che il violatore della giustizia sociale contrae un vero demerito, del quale è assolutamente rimproverabile, resta ora a vedersi, come l'applicazione a lui della pena, ossia di un dolore di passione o di privazione, sia l'*unico* rimedio, che al postutto deve il legislatore impiegare a difesa del consorzio civile, teorema già discusso fino a un certo punto nel Cap. I. del libro I., e riservato sotto un altro aspetto a questo luogo.

Per l'esattezza della dimostrazione convien premettere, che il *magistero preventivo*, stromento preziosissimo nelle mani del legislatore filosofo, è valido a scemare il numero dei delitti, ma non a diminuirli quanto alla sicurezza sociale è necessario. Esso si compone, come a suo luogo vedremo, di due principali ufficii: 1.° attuare in società la giustizia, la vigilanza, i mezzi di sussistenza: 2.° procurare alle masse la educazione morale-religiosa. Ove mancassero siffatti mezzi, fra cento uomini ve ne avrebbe forse appena uno, che si mantenesse sempre saldo nel proposito di rinunciare ai godimenti proprii, ogni volta che siano in conflitto coi diritti altrui, poichè la bellezza della probità non si manifesta all'uomo in tutto il suo

splendore se non per mezzo del lume della Religione. Ma vediamo con precisione quali siano gli effetti di que' due suesposti ufficii. Il primo serve a minorare i casi del conflitto fra la natura razionale e la istintiva: il secondo a prestare maggior forza alla ragione per trionfare dell' impulso de' sensi. Ora col primo effetto si rende più raro, ma non impossibile il suesposto conflitto: col secondo si rende più facile ma non infallibile il trionfo della ragione. Se fosse ne' poteri della umana politica il render questo trionfo infallibile, sarebbe distrutto il libero arbitrio, la virtù non sarebbe più meritoria, l' economia della Divina Provvidenza verrebbe frustrata, il che è un assurdo.

Veduto adunque che il magistero preventivo toglie in parte, ma non totalmente i delitti, passeremo ora a dimostrare come il magistero penale diviene, dopo l' attuazione di quello, un mezzo assolutamente UNICO e NECESSARIO per rendere incolume, quanto è umanamente possibile, la nazione contro le sociali offese. Esso infatti è il vero propugnacolo contro coloro, che anche in un felice ordinamento delle cose sociali sono disposti per isfrenatezza di passioni a conculcare gli altrui diritti, e perciò viene in soccorso del magistero preventivo per ottenere la massima diminuzione possibile delle offese sociali, dalla quale massima diminuzione risulta la sicurezza pubblica. Tale è la dimostrazione, che qui imponiamo a noi stessi per attenere la promessa fatta nel capitolo primordiale del libro primo pag. 23. nota 2.

§. III.

Se il delitto si avvera quando l' uomo concede alla natura istintiva la vittoria sulla ragione, se la detta natura opera sull' uomo mercè l' attrattiva del piacere e l' avversione al dolore, sorge spontanea la conseguenza, che volendo impedire *direttamente* i delitti era d' uopo agire su quella stessa natura istintiva onde vengono essi ingenerati, che è quanto dire servirsi per motivi repellenti il delitto di que' medesimi stimoli

che muovono la natura istintiva a desiderarlo a volerlo, cioè il *piacere* e il *dolore*. Per far ciò era d'uopo agire sull'animo del malvagio o coll'allettamento di un premio maggiore del piacere a lui derivante dal delitto, o colla minaccia di una pena atta ad elidere od annientare il falso bene da lui vagheggiato nel delitto. L'attuazione del primo metodo costituirebbe un sistema *rimuneratorio*, l'attuazione del secondo un sistema *penale*. Fermiamoci a considerare a quale risultamento avrebbe condotto il primo.

Presupposta la promessa di un premio al non delinquente, il malvagio fatto il confronto tra il piacere prossimo derivante dal delitto e il piacere remoto ripromesso dal legislatore preferirebbe indubiamente il primo, perchè chi delinque per acquistare un piacere delinque per una speranza, ed i gradi di energia, coi quali la speranza agisce sull'uomo, sono in ragion diretta della prossimità del piacere sperato, in ragione inversa della lontananza di lui. Non basta. Diamo uno sguardo ai varii perversi piaceri, che gli uomini malvagi intendono di conseguir col delitto. L'uno si propone di appagare la sua ambizione, l'altro la sua lascivia, un terzo la sua avarizia, un quarto la sua passione pel giuoco, un quinto l'astio che il rode finchè non giunge a render misero l'oggetto dell'odio suo. Or come sarebbe mai possibile il rinvenire una norma di estimazione per tutti que' turpi piaceri sì eterogenei fra loro per poi trovare nel sistema rimuneratorio la ricompensa atta ad estinguere nel cuor degli improbi l'allettamento, che quelle nefande speranze eccitano nel cuor loro? Ma addentriamoci di più nella questione, e ci sarà dato di vedere una ulteriore ragione, che rende assolutamente inattuabile il sistema rimuneratorio come sanzione repressiva diretta contro i delitti. Qualunque misura politica per non essere un capriccio od una stoltezza importa che nella sua attuazione serbi una proporzione fra il male da rimuoversi e l'ostacolo ordinato alla rimozione. Ora quali sarebbero i due *termini di paragone*, sui quali il sistema rimuneratorio dovrebbe istituire il confronto per servare una proporzione adequata? Il delitto non commesso ed

il premio. Ora il delitto non commesso è per l'uomo un ente meramente concepibile in via d'ipotesi; nel quale egli può bensì fantasticare e fingere qualità ed attributi ma non assegnarglieli con verità. Dunque o bisognava che il legislatore fosse un Dio per conoscere quale o quali delitti ciascun cittadino poteva commettere per apprezzare il merito di non averli commessi e proporzionarvi la rimunerazione, o era forza assegnare un premio uguale ad ogni cittadino che non si fosse macchiato di alcun delitto, ed in questo caso la sanzione rimuneratoria era priva affatto di proporzione, perchè un cittadino può avere avuto un interesse a delinquere come cinquanta, un altro può averlo avuto come cento, un terzo può non averlo avuto in conto alcuno.

Finalmente non è a postergarsi l'ulteriore ragione che da alcuni scrittori su questo tema suole addursi, cioè che il non delinquere è dovere e non virtù, e che il premio alla sola virtù è dovuto (1).

Rimane adunque sino all'evidenza dimostrato, che le società civili non potevano impiegare altro mezzo *impressivo* ed *efficace* per ostare ai delitti non abbastanza diminuiti dal sistema preventivo, se non che l'applicazione del *dolore*. La quale applicazione presupponendo il delitto *commesso*, ammette facilmente l'adequata estimazione del male di azione che si vuol reprimere, per proporzionarvi il mal di passione da contrapporvi come ostacolo impediente.

Il dolore poi, che costituisce la *pena*, può essere o *diretto* o *indiretto*. È diretto quando consiste nel cagionare al corpo del delinquente una molesta sensazione: è indiretto

(1) Piacque a taluni di aggiunger qui una riflessione dicendo che niuna Società avrebbe tante ricchezze per premiare tutti i non delinquenti, a meno che non estorcesse dai cittadini in via di tributo vistose somme, per poi ripartirle fra i cittadini non delinquenti a titolo di premio, cosa d'immensa fatica ed ineseguibile. Ma per quanto questa riflessione sia giusta, a qual'uopo ricorrere ad essa se con metafisiche ragioni può provarsi l'inapplicabilità del sistema rimuneratorio?

quando è costituito dalla privazione di alcuno di que' beni che sono *suscettivi d'esser tolti al delinquente*, cioè la vita, la libertà personale, l'estimazione pubblica, gli averi.

Ecco così dimostrata l'origine morale della *pena civile* derivante dall'adesione, che gli uomini improbi prestano ai suggerimenti della natura istintiva, accoppiata alla necessità di rintuzzare i moti di questa impiegando in senso *repulsivo* quegli stessi elementi, dai quali la detta natura è mossa ad appetire il delitto.

§. IV.

Ora passiamo a vedere rapidamente quale sia stata l'origine storica della pena civile.

S'egli è vero, come non può dubitarsi, che il contratto sociale quanto può comodamente fingersi come un'ipotesi di diritto, altrettanto è una chimera riguardato come cosa di fatto, non v'ha dubbio che l'origine delle prime Società deve rintracciarsi in una qualche cosa di reale, lo che non può venirci somministrato se non dalle antiche Storie, fra le quali occupa un luogo luminoso la Mosaica, e dalle cronache di quei tempi che diconsi *eroici o favolosi*. L'autorità naturale che il padre ha sopra i figli, e sui figli dei figli, il vantaggio personale che questi ritrovano nel rimanere uniti ad un capo, cui l'esperienza ha reso sagace nelle vicende della vita, formarono le prime famiglie che dalla vita *cacciatrice* dovettero passar bentosto alla *pastorale* vista la somma precarietà di quella, e così cresciuti i mezzi di sussistenza moltiplicarsi a segno da formare tante tribù. Queste famiglie o tribù dovettero viver fra loro come in oggi vivono le Nazioni, e così si vede che il Governo *Patriarcale* ossia de' *Padri Principi* è il primo che sia comparso sulla terra. Nella Genesi cap. 14 si legge, che Abramo con 318 de' suoi più addestrati servi attaccò e sbaragliò Codorlaomor re degli Elamiti e con esso lui tre re suoi alleati, cioè Tadal, Ariafel ed Arioch, e liberò Lot, il quale era stato fatto prigioniero da Codorlaomor nell'atto della vittoria da lui poco prima riportata sopra i re di Sodoma, Go-

morra, Adama, Seboim e Bala. Ora se di que' tempi una città costituiva un regno, ben può dirsi, che col titolo di re altro non fossero que' duci, prima vincitori e poi vinti, che capi di tribù numerose distribuite in varii territorj. In questo stadio dell'età mondana i sociali disordini si riducevano a contese fra famiglie e famiglie, ed è ben facile il presumere, che il patriarca colla forza e senza formalità di giudizio vi apponesse pronto riparo.

La necessità di occupare un grande spazio di terra per esercitar l'arte pastorizia avrà ben presto fatto nascere questioni di territorio, e quindi invasioni e rapine da famiglie a famiglie. In questo stato i più deboli avranno avuto ricorso ai più forti, implorando da loro assistenza e protezione, promettendo in corrispettività i loro servizj. A questo fatto cotanto verosimile il celebre autore della *Scienza nuova*, l'immortale nostro Vico, attribuisce l'origine de' *famuli* degli Eroi di Omero, de' *clienti* de' tempi eroici de' Romani, degli *ambacti* dei tempi eroici de' Galli, e degli *homines o vassalli rustici* de' tempi eroici a noi più vicini (1).

In questo stato ciascuno ravvisa l'infanzia delle Nazioni; ma l'infanzia delle Nazioni non è quello stadio in cui l'intelletto degli uomini possa essere estesamente illuminato. Questi *famuli* così riuniti non possono avere non più che i loro padroni l'idea del delitto nel suo vero senso, cioè di *azione ingiusta perniciosa alla sicurezza di tutti.* Prestar servigio, essere alimentati, e difendersi armata mano dalle invasioni de' vicini, ecco la somma de' loro pensieri. Quindi se qualche con-

(1) Sull'esempio di quel grande Autore noi chiamiamo *tempi eroici* non solo quelli dei popoli vicini alla grande catastrofe diluviana, ma anche quelli delle nazioni, che per un grande cataclismo politico ricaddero nella barbarie, come avvenne de' paesi meridionali d' Europa per la incursione delle genti boreali. Inoltre sullo stesso esempio distinguiamo la *barbarie d'origine* propria dei primi dalla *barbarie di decadenza* propria delle seconde. Ecco perchè alcuni fenomeni morali attinenti a quella età, di cui scrisse Omero, si rinnovellarono nel *medio evo*, così chiamato come *tempo di mezzo* fra l'antica civiltà e la moderna.

tesa fra essi insorge, non devono conoscere altro diritto che quello della privata loro forza. Una ingiustizia che l'uno di essi commetta a carico dell'altro non può far nascere in essi altro sentimento che quello della vendetta. Offesi accorreranno di propria mano a vendicarsi, nè potrà il Capo ad essi impedirlo senza ingerire in loro l'idea di avere essi peggiorato condizione col riunirsi a lui, nè potrà arrogarsi egli il diritto di vendicarli, perchè la loro naturale ferocia non può piegarsi a rimettere la riparazione dell'offesa in mano di un terzo.

In questo stato di cose un Capo o Duce di quelle tribù, che avesse voluto principiare a farla da Legislatore per accostarsi al grande scopo delle Società civili che è *il massimo de' beni accoppiato al minimo de' mali*, che cosa avrebbe potuto fare? L'offeso sempre eccede nella vendetta; l'eccesso costituisce una nuova offesa; quindi il bisogno di una nuova vendetta, e finalmente un infinito alternar di delitti e castighi fatalissimo alle nascenti Società. A riparare un tanto male nulla più opportuno che ingerir l'idea nei popoli, che il castigo debba essere eguale all'offesa. Quindi l'origine del *talione*, così detto *a tali* cioè dalla parità fisica del castigo al delitto; dottrina la quale quanto sarebbe assurda e ridicola ai tempi nostri, altrettanto encomiabile per saviezza politica era nei tempi, in cui fu professata e con opportune restrizioni adottata.

Nè questo fu il solo rimedio che i primi Legislatori immaginarono. Conoscendo per esperienza che l'empito dell'ira è tanto meno fatale quanto maggior tempo trascorre dopo l'offesa, escogitarono mezzi indiretti, per far sì che l'offeso non accorresse sì tosto alla vendetta. A tale effetto prescrissero delle formalità che preceder dovessero la vendetta stessa. Omero ci rappresenta Telemaco, il quale offeso de' furti che i Proci commettevano nelle sue gregge, li aduna, e dopo aver loro palesate le offese ricevute, dopo avere invocati gli Dei in testimonj delle sue giuste querele, protesta, che si accinge ad ucciderli con diritto. Il Filangeri opina che il *quiritare* de' Romani altro non fosse che annunciare ai Patrizj l'offesa che si era ricevuta e la vendetta che si andava a farne, formalità,

da cui l'offeso non poteva sottrarsi. E finalmente quelle tante formalità che preceder dovevano i duelli ne' bassi tempi, cioè la lettera di disfida, la destinazione del giorno, la scelta dei Padrini, la supplica al Barone per tenere il campo ec., che altro erano se non savie disposizioni per ammansare lo sdegno sempre feroce nei primi impeti?

Finalmente i Legislatori fecero ancor più. Considerando che il delitto punivasi per uno spirito di vendetta, e che lo scopo di questa non è se non la sensitiva soddisfazione della passione dell'uomo offeso, statuirono una somma, col pagamento della quale potesse l'offensore redimersi dalla persecuzione dell'offeso. Così avveniva che questi spesso preferisse la composizione, che gli procacciava un vantaggio reale, al crudo piacere di vendicarsi, e per tal modo si sopprimevano i germi delle discordie civili. Ed anzi talvolta la scelta fra la composizione ed il castigo fu concessa all'offensore e non all'offeso. Queste pecuniarie composizioni furono in uso presso i Romani. *Si membrum rupit ni cum eo pacit talio esto,* diceva una legge delle XII. Tavole. Lo furono presso i Germani come ne fa fede Tacito *de morib. German. cap. 21.* Lo furono finalmente nei bassi tempi, come apparisce dai Codici de' Longobardi, dei Frigioni, de' Borgognoni, degli Alemanni, e dalle leggi saliche. *Montesquieu Esprit des lois libro XXVIII. cap. 3.° ed altrove.*

La storia poi c'istruisce che dopo questi indiretti mezzi i Capi delle Nazioni a poco a poco trassero a sè il diritto di punire le offese de' loro sudditi; ma in questi dovette continuare lungo tempo l'idea che la pena non fosse istituita se non per la vendetta dell'offeso, e le leggi dovettero essere modellate su questa opinione. Tale è la prima origine storica della pena, che col Chiarissimo Carmignani chiameremo *sentimentale.* (1).

(1) Una reliquia di questa idea sentimentale della pena è rimasta nella *L.* 28. §. 15. *ff. de poenis*, ove si legge » Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos, compluribus placuit: ut

Ora vediamo qual' altra idea deve avere suscitata negli animi degli uomini la pena prima di giungere alla sua vera nozione. È noto che i primi Legislatori invocarono l'ajuto della Religione per istillare ne' popoli il massimo rispetto per le leggi. Minosse attribuiva all' ispirazione di Giove i proprj decreti: Licurgo affermava averli attinti dall'Oracolo di Apollo: Numa fingeva colloquj colla Ninfa Egeria, e così molti altri. Ora è ben naturale che essi entrar facessero l'idea della religione anche nella pena, che in sostanza non è se non la sanzione delle leggi stesse. E posto che le leggi fossero l'opera degli Dei, ne discendeva che essi dovessero prendere interesse nell' osservanza di quelle, ed armarsi di rigore contro chi le violasse. Quindi lo sdegno degli Dei verso gli uomini alla vista del delitto e la loro riconciliazione all' aspetto della pena esser dovevano idee facilmente associabili nella mente degli uomini in questo loro primo passo verso l'incivilimento. Così venne ad attribuirsi alla pena il carattere di *espiazione*. Prova ne sia la parola *supplicium*, la cui etimologia non da altro discende che dalla pubblica preghiera che precedeva il sacrificio del delinquente. Prova ne sia la formola *Sacer esto* (1) che serviva ad esprimere la facoltà data ad ogni cittadino di uccidere il malfattore, e che potrebbe tradursi *consacrato all' ira degli Dei*. Prova ne sia finalmente la seguente legge delle XII. Tavole — QVI · FRVGEM · ARATRO · QVAESITAM · FVRTIM · NOX · PAVIT · SECVITVE · SVSPENSVS · CERERI · NECATOR — quasi che la morte del devastatore de' campi servir dovesse a placare l'offesa Dea delle

» et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, et *solatio sit cognatis et adfinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent.* »

(1) Festo riporta una legge di Numa Pompilio concepita in questi termini — QVEI · TERMINOM · EXARASSIT · IPSEI · BOVEISQVE · SACREI · SVNTO. — Nelle XII. Tavole si leggeva — SI · PATRONVS · CLIENTI · FRAVDEM · FAXIT · SACER · ESTO · Gravina da jur. nat. gent. et XII. Tabul. pag. 130. et 221. Edit. Neap.

messi. Questa è la seconda origine storica della pena, che il lodato Autore chiama *religiosa.*

Finalmente la terza origine storica è la *razionale*, la quale si verifica, quando innoltrate le Nazioni nel loro incivilimento gli uomini giungono a comprendere che nè per appagare la passione dell'individuo offeso, nè per placare la Divinità sono istituite le pene civili, ma bensì per riparare il danno politico derivante dalle azioni criminose e così procurare al consorzio civile la sicurezza dei diritti.

CAPITOLO II.

Dell' essenza e de' caratteri della pena civile.

SOMMARIO

§. 1. *Definizione della pena civile*, *e suoi essenziali caratteri.*

§. 2. *In che consista l'efficacia della pena.*

§. 3. *Caratteri accessorj, ma utili della pena.*

§. 4. *Delle specie*, e *de' gradi della pena.*

§. 5. *Riflessioni sull'idoneità politica delle varie specie di pene.*

§. I.

Dalle cose dette sin qui nel decorso di quest'opera è facile il dedurre qual sia la vera definizione della pena civile, cioè — *un mezzo doloroso*, *che il legislatore impiega entro i limiti della necessità e della giustizia contro i delinquenti per ostare alla spinta criminosa de' malvagi*, *e così ottenere la pubblica sicurezza.* —

La giustezza di questa definizione discende dalle verità già altrove dimostrate. Non resta dunque altro che vedere quali conseguenze derivino da quell' estremo della definizione — *entro i limiti della necessità e della giustizia.* —

Derivano da questo estremo i quattro caratteri essenziali della pena legittima, che sono — l' *efficacia*, l'*economia*, la *singolarità* e l' *esemplarità*.

I. Deriva l'*efficacia*. E difatti una pena non efficace potrebbe mai appellarsi un mezzo impiegato entro i limiti della necessità? La necessità nell'ordine delle umane cose consiste in una relazione fra un dato mezzo ed il fine così stretta, che senza l'uso di quel mezzo il fine non si possa ottenere. Dunque la necessità di un mezzo importa che coll' uso di esso si ottenga il fine. Dunque la necessità di lui racchiude l'idea della di lui efficacia.

Oltre di che nulla di più mostruoso può immaginarsi nell' ordine politico di una pena inefficace. Essa sarebbe inutile ed ingiusta per la società, la quale non raggiungerebbe con essa l' importante scopo della pubblica sicurezza. Essa accrescerebbe gli stimoli a delinquere, essendo proprietà dell'umana natura il bramare più vivamente gli oggetti quando sono vietati, ma con una minaccia inefficace. Essa finalmente spargerebbe il ridicolo sulla legge, e farebbe scemare quel santo rispetto che ad essa è dovuto.

II. Deriva l' *economia*. Economico dicesi quel mezzo, il quale col minor dispendio possibile ci fa giungere al fine. Economica dirassi una pena quando col minore strazio possibile del delinquente sarà atta a retrospingere la maggior parte dei malvagi dal delitto. Dunque l' economia della pena può tradursi con questo concetto — *che sia la minima fra le possibili efficaci a reprimere la spinta criminosa de' malvagi.* Ora fingiamo che con dieci gradi di pena si possa reprimere un delitto, e che una legge qualunque ne prescriva dodici. La pena sarà necessaria per dieci gradi, e superflua per due. Il sacro carattere della necessità, che trae seco quello della giustizia, non compete che alla pena di dieci gradi. Dunque la necessità della pena racchiude l' idea della di lei economia.

E qui è nostro debito il rendere un tributo di lode al Chiarissimo Renazzi per la candidezza di animo e il vigore delle ragioni, con cui prese a difendere questo interessante carattere della pena. Egli con quella forza, che ispira la profonda convinzione di una verità, chiuse i suoi argomenti con queste gravi parole: » *Atque hinc illico apparet, poenas, QUANTUM FIERI POTEST leves mitesque esse debere. Qua quidem doctrina nec humanior est ulla, neque VERIOR.* » Dopo di che soggiunge, che se coll' elevare la pena di un delitto qualunque dal grado di temporanea ad una straordinaria severità si giungesse anche ad ottenere, che invece di dieci azioni criminose di quel genere se ne commettessero in ciascun anno soltanto otto, il vantaggio di aver diminuito di un quinto i delitti non compenserebbe il danno della esasperazione della pena (*Elem. jur. crim. lib. 2. cap. IV. §. V. num. 2.*); osservazione, che corrisponde al concetto del Rosmini da noi esposto alla pag. 54. di questo volume. E poco prima lo stesso Renazzi confutando la miserabile illusione di coloro, che ripongono nell' asprezza della pena l' efficacia di lei, non si peritò di esclamare: » *Profecto ei datum erit, totius humani generis egregie mereri, cui fortunate contigerit, EXITIALEM ADEO, FUNESTAMQUE ILLUSIONEM dissipare* (ibidem §. II.). » Possiam dunque ben a ragione gloriarci, che fin dal declinare dello scorso secolo nel cuore del nostro Stato si professassero dalla cattedra principj sì umani, e al tempo stesso sì coerenti alla vera tutela sociale ed alla giustizia.

III. Deriva la *singolarità*. Singolare dicesi quel mezzo, che è rimasto unico ad usarsi per conseguire un fine, dopo avere posti in opera tutti gli altri che servir potevano ad avvicinarci al fine stesso. Osservammo tanto nel I. cap. del lib. I., quanto nell' introduzione al presente, che esistono dei mezzi non dolorosi influentissimi a minorare il numero dei delitti. Impiegare le pene senza aver fatto uso di que' mezzi indiretti sarebbe lo stesso che ordinare ad un infermo la recisione di un braccio ferito senza aver prima adoperati i consueti rimedj, che potevano rimarginare la ferita e restituire l' ammalato alla

primiera normalità. In quella guisa che la recisione del braccio non potrebbe dirsi, nella figurata ipotesi, necessaria, del pari la pena non potrà dirsi necessaria se non quando sarà rimasta unico mezzo, e come l'ultimo per ostare ai delitti. Dunque la necessità della pena racchiude l'idea della di lei singolarità.

IV. Deriva la *esemplarità*. In due modi la pena può avere il carattere di esemplarità: o perchè la di lei applicazione si fa sotto gli occhi del pubblico, o perchè l'atto giuridico, che la pronuncia, viene solennemente divulgato. La prima specie di esemplarità in pochi casi si verifica, cioè solo nell'estremo supplizio e nella condanna a que' gravosi lavori che in luoghi pubblici si eseguiscono, come lo spurgo de' porti, lo scavo de' massi e cose simili. Potrebbe anche verificarsi nella fustigazione, se gravi ragioni non insorgessero a sconsigliare l'uso di questa pena e delle altre di somigliante indole, ragioni delle quali ci occuperemo nel §. V. di questo capitolo. La seconda specie di esemplarità può e deve aver luogo in qualsiasi sorta di condanna. Abbiamo dalla storia che niuna esemplarità concorreva nei supplizj che l'Inquisizione di Stato di Venezia faceva subire a chi osasse di congiurare contro quella forma oligarchica di governo. Essi erano segreti; abuso gravissimo, che può spesso immolar l'innocenza alla calunnia, e che toglie alla pena un essenziale carattere. Diciamo essenziale; perchè qualora, per mancanza anche della seconda specie di esemplarità nella pena, rimanessero ignote al pubblico le condanne, il danno sociale prodotto dai delitti non verrebbe risarcito, e la pena non ottenendo il suo fine, non sarebbe più un mezzo giusto di sociale difesa.

Ma la pena civile può avere anche de' caratteri *accessorj*, così chiamati, perchè mentre non sono di assoluta necessità, apportano però ne' varj casi, in cui la pena n'è suscettibile, una vera utilità sociale. Alla dimostrazione di essi passeremo nel §. III., dopo aver esposta in quello che segue una dottrina della massima importanza.

§. II.

Abbiam detto che la pena deve essere efficace. Ma in che consisterà questa efficacia? L'efficacia della pena allora si verifica quando essa ha quei gradi di forza, che sono necessarj a rimuovere la maggior parte dei malvagi dal commettere il delitto.

Però in questo interessante argomento fa d'uopo aver presente una grande verità, cioè che l'efficacia della pena, come sopra intesa, dipende nella massima parte dalla *certezza* e *prontezza* della di lei applicazione. La certezza deriva da un cauto e ben inteso metodo di sorveglianza: la prontezza da un cauto e ben inteso metodo di criminal procedura. Una pena di cinque gradi, la cui applicazione sia certa e pronta, opera un maggior effetto repulsivo sull'animo dei meditanti il delitto, che una pena di 15 o 20 gradi incerta e ritardata nella sua applicazione, perocchè la impressione del timore, che i mali minacciati operano sulla nostra immaginazione è sempre in ragione diretta della certezza e prossimità de' mali stessi, ed in ragione inversa della loro incertezza e lontananza. Niuno intraprenderebbe un lungo viaggio di mare per quanto lusinghiera potesse essere la speranza di arrichirsi immensamente col traffico, se vedesse la certezza od anche solo la massima probabilità d'incontrare il naufragio e con esso la morte.

Avvertasi però, che quando si parla di *certezza* della pena, questo vocabolo non può esser preso nel suo senso rigoroso e metafisico, che equivarrebbe ad una infallibilità del castigo. Niuna Società civile per quanto sia desta nella vigilanza, e canta nel procedere contro i delitti può giungere ad ottenere la infallibilità dell'applicazione della pena a ciascun delitto. Imperocchè le Società civili non possono disconoscere il sacro obligo che loro incombe di non procedere all'applicazione del castigo se non contro chi VERAMENTE COSTA colpevole del delitto (1). Ora siccome può talune volte accadere

(1) Questa verità sarà luminosamente dimostrata nel capitolo preliminare del III. libro.

che contro il delinquente non si abbiano prove sufficienti per poterlo giuridicamente dichiarar tale, in siffatti casi è forza di assolverlo, e così si verifica che in qualunque regime politico nel miglior modo organato una ventesima parte almeno dei delitti rimangono impuniti. Quando adunque si parla di *certezza* della pena, si vuol intendere sotto questo concetto la MASSIMA PROBABILITA' della di lei applicazione, massima probabilità, in cui consiste l' apice di perfezione del sistema di procedura.

E poichè v' hanno dei delitti, a commettere i quali il malvagio è vieppiù allettato dalla occultabilità inerente alla loro indole, la quale rende meno probabile l' applicazione della pena, così in tali casi trovasi il legislatore nel diritto e dovere insieme di esasperare di qualche grado la pena, affinchè essa acquisti dal lato della intensità, ciò che perde dal lato della certezza, locchè discende dalla già spiegata teoria della spinta criminosa (1).

§. III.

La pena oltre i quattro caratteri essenziali, che abbiamo sin qui accennati, può avere in parecchi determinati casi anche taluni caratteri accessorj di evidente utilità politica. Questi sono: I. la *graduabilità*, II. la *revocabilità*, III. la *correzionalità*, IV. l'*analogia*.

I. Pressochè infiniti sono i delitti, da cui può essere infestato il consorzio civile. I modi al contrario di recar dolore all' uomo praticabili da un umano legislatore sono molto più limitati. Quindi è che le pene sono assai meno numerose dei delitti, lo che apporta difficoltà al sistema penale. Per supplire a questo difetto bisogna procurare che le pene sieno *graduabili*. Ve ne hanno pur troppo di quelle, in cui la graduabilità

(1) Discorda da questo principio il Carmignani appoggiandosi ad argomenti, che noi confutammo nella seconda nostra edizione Vol. I. pag. 292. e 293.

è impossibile, come sono la pena di morte e la perdita perpetua della libertà, quella perchè l'umanità con voce imperiosa comanda che debba consistere nel mezzo il meno doloroso che sia possibile, questa perchè all'uomo destinato a vivere per sempre segregato dai suoi simili non si può esacerbare la schiavitù al di là di quanto è necessario ad evitarne la fuga e a tenerlo occupato in lavori sopportabili dall'umana natura. Ma la graduabilità è agevolmente conseguibile nelle pene croniche di afflizione indiretta, nelle pecuniarie e persino nelle infamanti. Di queste due ultime specie a suo luogo. Quanto alle altre possono comodamente in due modi graduarsi: 1.° con una moderata progressività di gravezza nei lavori, a cui i condannati debbono necessariamente essere applicati: 2.° con attribuire varii periodi di durata al tempo della pena, il quale deve essere diviso in tanti stadii quanti sieno necessarj a ben proporzionare le pene ai delitti. Così l'attuazione di un buon sistema penale diviene assai più facile. Esso allora può giungere a quel grado di possibile perfezione, che attira le benedizioni dell'umanità riconoscente.

II. *La revocabilità.* Gli umani giudizj sono sempre soggetti all'errore. Per quanto il legislatore sia cauto nello statuire i metodi più sicuri di accertare la colpabilità degli accusati prima di applicare la pena, non resta mai esclusa la possibilità, che fra cento condannati vi sia un qualche innocente. Se si adottano adunque pene irrevocabili, può alcuna volta verificarsi il caso che la nazione indarno si dolga del sacrificio irretrattabile di un innocente. Le pene adunque debbono essere scelte per quanto si può dal novero di quelle che sono revocabili. Se si potesse stare a questa sola considerazione, converrebbe proscrivere la pena di morte; e lo stesso chiarissimo professore Mori, che ha difeso con energia il diritto che ha la società d' infliggere siffatta pena ne' gravissimi casi, confessa che la più forte delle obbiezioni che può addursi contro l'uso di siffatta pena discende appunto dall'essere ella non revocabile. Egli però con molto senno risponde, che la sicurezza civile si distingue in due rami: sicurezza dalle prevari-

cazioni e degli errori de' tribunali, e sicurezza dalla nociva attività dei malvagi, conchiudendo poi che quando non sia dato conseguire compiutamente l'una e l'altra, l'uomo prudente non può esitare a preferir la seconda — *Teorica del Codice penale toscano pag. 21. in nota.* Se però l'assoluta necessità della efficace difesa sociale autorizza il legislatore a prescindere quanto alla pena di morte dal canone della irrevocabilità, questo canone farà sempre rigorosamente proscrivere da un buon sistema di legislazione la mutilazione, il marchio e simili irrevocabili pene (1).

III. La *correzionalità.* Niuno potrebbe senza errore imprendere a sostenere, che la correzione del delinquente sia il precipuo scopo della pena civile. Se così fosse, converrebbe bandire dai codici la pena di morte e tutte le pene perpetue: la prima come quella che troncando la vita del delinquente lascia alla virtù soltanto della Divina Grazia la possibilità di correggerne il cuore, le seconde perchè il malfattore, destinato a vivere perpetuamente segregato dai suoi simili, ha sì poco interesse ad emendarsi che l'umano potere può bensì tentare e languidamente sperare di correggerlo, ma non confidare di riuscir nello intento. — Ma se l'emenda del delinquente non è il precipuo fine del castigo civile, essa può ben esserne lo scopo secondario e concomitante in molti casi, e lo DEVE in tutti quelli ove siavene la possibilità. Tutte le pene afflittive indirette non perpetue, che consistono nella perdita più o meno lunga, più o meno rigorosa della libertà personale, tutte sono suscettibili di servire ad uno scopo morale da conseguirsi sulla persona del delinquente, qual'è l'emendazione de' costumi di lui. Quale splendido trionfo non è mai pel legislatore quando egli nel mentre da un canto col punire frena nell'animo de' malvagi gl'incitamenti a delinquere, ottiene dall'altro che la massima parte de' condannati sortano

(1) Tanto il Codice Gregoriano quanto il toscano le hanno infatti proscritte, come vedremo a suo luogo.

dal luogo di pena imbevuti di que' principj di morale e di religione, di cui forse non ebbero prima d'entrarvi bastante istruzione, educati al lavoro, fatti miti negli affetti, in una parola emendati? Allora i cittadini veggono nella morale potenza, che infligge le pene, la mano amorosa di un padre che corregge i figli, e che cura nei medesimi un interesse ben più alto e sublime che non son quelli della vita presente. Ecco perchè fin dalla pag. 61. lasciammo scorgere un nostro modesto desiderio che il sistema penitenziale, di cui già si son fatti de' saggi in Roma, venga generalizzato nello Stato nostro con quelle modificazioni e que' miglioramenti che la saviezza de' governanti può trarre dall'esperienza fattane con più o meno di buon successo negli altri governi di Europa. È tanto connesso a sì grave argomento l'onor del Principe, il bene delle anime, il trionfo della Religione, che ci augureremmo una voce ben più autorevole che non è la nostra per dare un impulso ad un tanto sociale perfezionamento.

IV. L'*analogia.* Ogni delitto ripete il suo primo impulso, la sua origine da una passione. I materiali della pena essendo i beni dell'uomo, trovansi bene spesso in analogia con quelle passioni che ingenerarono il delitto. Possono adunque le pene, se non in tutti i casi, almeno in alcuni percuotere il subbietto della passione, ond'ebbe origine l'azione criminosa. Questo è ciò che chiamasi *analogia* della pena, e di cui non v'ha cosa meglio intesa in politica, poichè allora nell'intelletto degli uomini si associano siffattamente l'idea del delitto e quella della pena, che non può presentarsi all'animo del malvagio la prima senza eccitarsi contemporaneamente la seconda, lo che produce un mirabile effetto per la repressione dei delitti. L'usura, la quale deriva sempre dall'avarizia, o da smodata avidità di guadagno, colpita con pena pecuniaria, il delitto di broglio punito colla perpetua privazione degli onori e degli impieghi pubblici, le ingiurie verbali quando provengono da orgoglio represse con obbligare l'ingiuriante alla ritrattazione offrono un esempio di questa analogia. Ma, è pur forza confessarlo, pochi sono i casi in cui l'analogia fra il delitto e la pena

possa osservarsi, e perciò noi ne abbiam formato un carattere meramente accessorio di questa (1).

§. IV.

Ora passiamo a considerare le varie specie ed i gradi della pena.

Vedemmo che la pena deve consistere in un dolore (cap. I. di questo lib.). Per arrecare dolore ad un uomo è indispensabile il diminuire il suo benessere, ossia è di necessità il torgli o scemargli quei beni ch'egli ha prima dalla natura, poscia dallo stato sociale. Ora questi beni sono I. la *vita naturale* e *civile*: II. la *libertà* e l'*integrità del corpo*: III. la *proprietà reale*: IV. la *pubblica estimazione*. Questa ispezione somministra la retta classazione delle pene, la quale si ha formandone quattro serie, cioè la prima contenente le pene *capitali*, la seconde le pene *afflittive direttamente* e *indiretta-*

(1) Il Renazzi nel parlare dell'*adequazione* delle pene (veggasi quanto dicemmo nel libro I. pag. 116. in nota) v'immischiò l'idea dell'*analogia*, anzi nel luogo da lui destinato a trattare di quella parla anche di questa, e vola dall'una all'altra quasi ambedue non fossero che una cosa stessa. Il fatto è però che l'adequazione può servarsi in tutte quante le pene, salva la sola eccezione, se tale può dirsi, a suo luogo accennata; l'analogia è in pochissimi casi applicabile. Nel Montesquieu s'incontra lo stesso difetto del Renazzi. Il francese Scrittore, cui come politico debbesi grande riverenza, ma non tale da farci disconoscere alcuni falsi suoi paradossi, vorrebbe far consistere l'adequazione nel serbar sempre l'analogia fra il delitto e la pena. E per riuscire in questo vano sforzo d'ingegno, giunge a dire che ai sacrilegi, (parola ch'egli limita ai meri dispregiatori della Religione) si deve applicare l'espulsione dalle Chiese, la privazione della società de' fedeli, le esecrazioni ec. Ora per quanto queste pene possano essere opportunissime come atte ad impedire nuovi sacrilegj, niuno dirà che in esse vi sia l'analogia, perchè questa consiste nel privare il delinquente di quei beni, cui egli brama sì ardentemente fino a delinquere per procacciarseli. L'analogia del Montesquieu torrebbe al sacrilego ciò che questi disprezza.

mente, la terza le pene *pecuniarie*, la quarta le pene *infamanti*. Così si abbracciano tutte le diverse *specie* possibili di pene.

Il *grado* poi di esse è costituito dalla maggiore o minore intensità o durata, di cui è suscettibile la maggior parte delle pene senza uscire dalla propria specie.

§. V.

Resta finalmente a vedersi l'idoneità politica di ciascuna specie di pena.

I. Le pene *capitali* propriamente dette, quelle cioè che pongono fine alla terrena esistenza dell'uomo, apportano seco il massimo grado di terrore. L'uomo ha un sì forte amore alla vita, che il pensiero di perderla agisce con infinita energia sul profondo della sua anima. La virtù terrifica della pena di morte è adunque massima, e si può bensì coi colori dell'eloquenza abbellire il sofisma, che la schiavitù perpetua atterrisca maggiormente, ma non restarne convinti. Da questa verità discendono due conseguenze.

La prima è che quei ricercati supplizj, di cui fin oltre la metà del suolo XVIII. durarono le orrende reliquie, erano non meno inumani che superflui. Essi manifestavano il difetto degl'improvvidi politici reggimenti, che, incapaci di porre in opera i più miti ed utili mezzi, ricorrevano ai più inutili ed ingiusti: essi avvezzavano gli spettatori alle crudeltà ed alle carnificine: essi mostravano nel legislatore non un padre, che con dolore adotta contro i traviati un mezzo violento, trattovi suo malgrado dalla necessità, ma un tiranno che si compiace dei gemiti dell'umanità straziata: essi facevano dell'impassibil legge un ente morale bruttato delle più snaturate passioni.

Dal sin qui detto deriva, che adottandosi la pena di morte, è d'uopo scegliere per irrogarla il mezzo il meno doloroso e scevro quanto maggiormente è possibile da ogni immagine di atrocità. Onora l'umanità non meno che la filosofia la disputa agitata fra l'alemanno *Soemmering* e il francese *Cabanis* sull'ef-

fetto più o meno doloroso della decapitazione in confronto della pena del laccio, disputa che ebbe origine allorchè sul declinare dello scorso secolo si vide comparire un nuovo stromento per troncare la testa ai colpevoli, che tuttora conserva il nome del suo autore. Osserva il Soemmering che la recisione del capo non toglie immediatamente al giustiziato il sentimento della personalità, e che per conseguenza quei momenti, in cui sopravvive nella recisa testa tal sentimento, devono essere dolorosissimi: aggiunge dippiù che la scure operando come colpo sul collo del paziente, parte sensibilissima, non può non cagionare un senso spasmodico di dolore. Adduce in prova l'esperienza de' movimenti osservati nelle recise teste de' colpevoli. Al contrario il Cabanis sostiene che la scure opera come taglio e non come colpo, e che siccome i gravi dolori prodotti da ferri taglientissimi non si sentono che dopo qualche intervallo, deve per così dire precedere al dolore la morte. Distingue poi l'irritabilità dalla sensibilità, e attribuisce alla prima i moti che si osservano nelle recise teste de' giustiziati. L'opinione di Soemmering però fece proseliti. Questi sostennero non senza qualche fondamento che il laccio non apporta senso di dolore, e addussero l'esempio di alcuni sopravvivuti all'incompleta esecuzione del carnefice, che interrogati dissero non aver provati che i leggeri effetti di un'asfissia. Checchè ne sia di questa questione che spetta ai Fisiologi il decidere, noi ci contenteremo di osservare coll'illustre Professore pisano, che un mezzo di estremo supplizio che non offrisse al popolo spettatore l'atroce vista del sangue parrebbe più conforme a quel delicato sentimento, che forma per così dire il carattere delle colte Nazioni di Europa (1).

Seconda conseguenza. La somma forza terrifica della pena

(1) In virtù di un tale principio il Carmignani nel progetto di Codice penale, ch'ebbe a redigere pel Regno di Portogallo, propose, che una tenda sottraesse agli sguardi del pubblico il paziente nell'atto della decapitazione, e servisse poi, rimossa, a mostrarlo agli spettatori già reso cadavere.

di morte consiglia il legislatore a farne il più parco uso che per lui si possa. S'egli è un rimedio estremo, ne' soli estremi casi deve usarsi. Il prodigarlo oltre che ne scemerebbe l'efficacia, farebbe incallire la sensibilità de' cittadini, e li renderebbe inumani e crudeli. Filosofico è il riflesso di Seneca: *Temperatus cohibet timor: assiduus, acer, extrema admovens in audaciam jacentes excitat.* La stessa compassione, fonte di tante sociali virtù, decresce e giunge persino gradatamente ad estinguersi dove le condanne di morte sono frequenti.

II. Le pene che affliggono il corpo vanno ripartite in due classi. Affliggere in fatti non è altro che recar dolore: il dolore al corpo umano tanto può recarsi *direttamente* mediante una molesta sensazione che si cagioni, quanto *indirettamente* obligando il corpo stesso ad un determinato stato che a lungo andare riesce increscevole. Quindi è che le pene, di cui parliamo, altre sono *direttamente afflittive*, come la *flagellazione*, la *fustigazione*, la *mutilazione* ecc.; altre *indirettamente afflittive*, come la *detenzione*, la *condanna ai lavori publici*, *l'esilio* ecc.

Le prime sono tutte irretrattabili, e perciò da proscriversi in un mite e filosofico sistema di legislazione. Taccio della mutilazione, della quale dovrò altrove mostrare i tremendi sconci. Ma anche la flagellazione anche la fustigazione non possono aver sede in un Codice, che porti in fronte l'augusto nome di un Sovrano più padre che principe de' suoi popoli. Due gravi considerazioni proclamò in proposito il profondo ingegno del Carmignani: 1.° doversi evitar quelle pene, che la mano dell'esecutore può a suo libito rendere ora più gravi, ora più miti: 2.° doversi evitare quelle pene, il cui dolore morale può cadere sugl'innocenti. (1) Chi non sentesi scosso da un fremito al pensare allo strazio morale d'una moglie, d'un figlio, il cui marito, il cui padre venisse sottoposto alla fusti-

(1) Teoria delle leggi della sicurezza sociale vol. III. pag. 130. Ivi l'illustre Autore rimprovera anche alle pene afflittive dirette lo sconcio di urtare molestamente la sensibilità del pubblico.

gazione? Siano dunque eterne laudi al Codice Gregoriano, al Codice toscano, che alle pene afflittive dirette diedero perpetuo bando. Le benedizioni della umanità li tramanderanno ai nostri più tardi nipoti.

Le afflittive indirette hanno una somma idoneità politica. La detenzione pena applicabile ai leggeri delitti, e che non derivano da corruzione del cuore, può essere di più giorni, di più mesi, di un anno. La condanna ai lavori forzati può essere di un biennio, di un triennio, di un lustro, di un decennio o ancor più, infine può essere perpetua. I lavori publici possono essere di più classi, cioè più o meno faticosi. Qual largo campo pel Legislatore a graduarle ed assortirle secondo l'entita dei delitti? Le pene insomma indirettamente afflittive riuniscono in sè le più mirabili qualità politiche, cioè 1.° la graduabilità: 2.° la revocabilità: 3.° la suscettività di servire all' emendazione del delinquente, all' utilità economica della famiglia di lui, ad una soddisfazione della giustizia verso il danneggiato dal delitto. Un cenno di volo su questo terzo carattere. Le pene, di cui parliamo, apportano l'emendazione del delinquente, tostochè siane rettificato il metodo di subizione nel modo accennato testè alle pag. 331. e 332. (1); apportano l' utilità economica alla famiglia di lui, poichè le provvide legislazioni lasciano a profitto del condannato una quota del prezzo de' suoi lavori, perchè possa erogarla in sollievo de' suoi congiunti; possono infine servire ad un atto di giustizia verso il danneggiato dal delitto, qualora un' altra quota del detto prezzo venga attribuita a chi sofferse il danno senza esserne stato risarcito per insolvibilità del delinquente. — Quest'ultima disposizione è già nelle viste del paterno nostro regime.

(1) Abbonda il nostro secolo di opere dirette al santo scopo di convertire le case di condanna in una scuola di costumi. Degno di onorevole menzione per le utili vedute che racchiude è il trattato *sugli stabilimenti di publica benificenza in Roma* publicato dal dotto Prelato oggi Cardinale Morichini non degenere della gloria dell' illustre suo genitore di fama europea.

III. Molto si è scritto e declamato contro l'uso delle pene pecuniarie. Ma le ragioni contro esse addotte per farle proscrivere possono ridursi a tre: 1.° che esse non sono formidabili che pel povero, e che il ricco, se in alcuni determinati casi non avrà altro freno per rispettare le leggi fuorchè la pena pecuniaria, potrà impunemente violarle: 2.° che non possono riuscire di eguale effetto per tutti i cittadini, mentre la pena stessa sarà gravissima per quello che possiede dieci e leggerissima per quello che possiede mille: 3.° che siccome le forze economiche di una Nazione non rimangono mai costantemente allo stesso livello, ma bensì passano per gradi ora dalla tenuità alla opulenza, ed ora dalla opulenza alla tenuità, così dopo un certo periodo di anni le medesime pene pecuniarie o saranno troppo leggiere, come il dimostrò col fatto presso i Romani quel Lucio Nerazio di cui parla Aulo Gellio nelle Notti attiche lib. XX. cap. I., o saranno troppo gravi, caso meno frequente, ma non improbabile. Quest' ultimo inconveniente però è facilmente evitabile, bastando d'imitare l'esempio di Catterina II., che nel proprio codice stabilì doversi variare ogni 30. anni il quantitativo delle pene pecuniarie. Ma più malagevole sembra a primo aspetto l'evitare i due difetti esposti nelle due prime osservazioni.

Il Cavaliere Filangeri propose due espedienti per farli cessare. Svanirà il primo, egli dice, tostochè le pene pecuniarie non vengano applicate se non ai delitti che nascono dall'avidità del danaro. E qui si noti altro essere il dire che le pene pecuniarie devono applicarsi soltanto a delitti nascenti da avidità di guadagno, altro il dire che tutti i delitti originati da questa passione debbano essere repressi con pecuniarie pene, giusta il qual principio converrebbe applicarle al furto, alla rapina, e a quasi tutte le specie di falso. La prima proposizione contiene un utile teorema di sana politica, la seconda presenterebbe un assurdo; differenza ben sentita ed accennata dal lodato autore. Svanirà il secondo, prosegue egli, quando le pene pecuniarie, lungi dal consistere in una determinata somma di denaro, consisteranno in una determinata quota delle sostanze del delinquente.

Non si avvide peraltro questo dotto Scrittore, che il primo de' suoi proposti espedienti è da se solo sufficiente ad ovviare ai due supposti difetti di questa classe di pene, e che il secondo è superfluo, assurdo ed impraticabile. Difatti quando una filosofica legislazione siasi ben guardata dall'applicare le pene pecuniarie a delitti non provenienti dall'avidità di guadagno, ne discenderà, che non solo il ricco non disprezzerà la legge, perchè quella stessa passione che lo spinge al delitto gli farà temere la pena, ma ancora la pena medesima benchè costituita da una determinata somma sarà sempre egualmente intensa tanto pel più ricco che pel meno ricco. Una legge per esempio la quale dicesse: *chi mediante esorbitanti usure avrà lucrato o tentato di lucrare a danno altrui scudi 100. sarà punito con una multa di sc. 400.*, offrirebbe una sanzione egualmente intensa così per quello che possiede mille, come per quello che possiede diecimille. Imperciocchè la concupiscenza che si determina presso i calcoli dell'intelletto è egualmente frenata sì nel primo che nel secondo, quando l'uno e l'altro riflette che pel guadagno di 100. si espone alla perdita di 400. Viceversa se la legge facesse consistere nel caso concreto la pena nella perdita di una quarta parte dei beni, ne verrebbe che il possessore di 400. ducati ne perderebbe 100., mentre il possessore di 60mila ne perderebbe 15mila. In questo modo mentre si avrebbe di mira di rendere la pena egualmente intensa per tutti, s'incorrerebbe appunto in quello scoglio che si vorrebbe evitare, rendendone varia l'intensione a seconda delle facoltà de' cittadini, ed invece di proporzionarla, come è dovere di un savio Legislatore, all'entità del delitto, si verrebbe a graduarla giusta le ricchezze del reo, cosa totalmente estranea ai principj del Magistero penale. Finalmente non voglio passare sotto silenzio, che il sistema proposto dal Filangeri incontrerebbe un ostacolo insormontabile nella difficoltà di stabilire l'entità delle fortune del reo, quando queste consistessero, come spesso accade, in denari, nell'industria, nel commercio. E con ciò parmi aver dimostrato nel proposto metodo i tre difetti d'inutilità, assurdità ed impraticabilità sopra accennati.

Del resto le pene pecuniarie possono talvolta utilmente cumularsi colle afflittive minori: può anzi deve stabilirsi che chi non avrà in beni di che pagare le multe, le sconterà col carcere in una proporzione determinata. Ma il Legislatore deve ben guardarsi dal rinunciare a questa classe di pene, sì perchè sarebbe impolitico il restringere la sfera dei materiali delle pene, sì perchè prescindendo da esse sarebbe impossibile in molti delitti il dare alla pena il carattere tanto utile dell'analogia.

IV. Per quanto gli uomini siano scossi ed agitati dalla molla dell' interesse, evvi un altro sentimento che in tutti fa sentire più o meno la sua forza, se si eccettuino le persone degradate, e questo sentimento è l' onore. Il cavalier Filangeri ha con opportuni riflessi dimostrato quanto energica sia la forza di questo sentimento, e con quanta maestria l' abbiano impiegato come mezzo di penale sanzione i più celebri Legislatori dell' antichità. Degni di speciale menzione sono i begli esempj che questo elegante scrittore ha tratto dalla storia degli Egizj, de' Locrensi, delle Repubbliche di Turio e di Atene. Ma questo sentimento non ha già per l' andare de' secoli perduta la sua forza. Egli è anzi sempre più vivo in ragione diretta dell' incivilimento delle Nazioni. Se adunque è vero, come certamente è, che alle Europee Nazioni compete il titolo d'incivilite, sarà innegabile che l' amor dell' onore ha conservata se non accresciuta la sua energia. Ma come si può trarre da questo sentimento una sanzione? Privare un uomo dell' onore non è in facolta della legge. Lo è bensi di lei il dichiararlo per alcune determinate azioni decaduto della stima pubblica (1), che è il

(1) La publica stima viene definita dal G. C. Callistrato nella *leg. 5. ff. de variis et extraord. cognit. — Dignitatis illesae status legibus ac moribus comprobatus.* Il Chiarissimo Cremani commentando questo passo di Calliatrato fa osservare doversi distinguere la stima naturale dovuta all' uomo in quanto adempie ai doveri imposti a lui dalla Natura, dalla stima civile dovuta all' uomo in quanto è buon cittadino: la prima discende dalle virtù naturali, la seconda dalle civili: la prima reggesi sempre cogli stessi priucipj come quelli che derivano dall' eterna giustizia: la seconda varia al variare delle opinioni, delle forme di go-

rappresentativo di quest' onore, nella quale privazione consiste la pena infamante. Ora siccome gli uomini, ai quali è sommamente caro l' onore, temono grandemente la perdita di ciò che ne forma il rappresentativo, così ne discende che le pene infamanti hanno una somma idoneità politica.

Ma l' uso pratico di queste pene d' infamia non va egli soggetto a delle regole? Il lodato Filangeri ne somministra tre: 1.° che questa specie di pene segua l' opinione pubblica e non la contrasti, ossia non colpisca che le azioni ritenute infamanti nel comune pensare degli uomini: 2.° che il numero degli infami non venga di troppo moltiplicato: 3.° che non si applichi questa classe di pene a quel ceto di uomini che poco o nulla apprezza l' onore.

La prima regola non può essere più evidente. Se l' infamia consiste nella perdita della stima publica, se la stima o disistima publica consiste nell' universale approvazione o disapprovazione delle azioni di un cittadino, se quest' approvazione o riprovazione dipende in parte dai rapporti necessarj delle cose, in parte dai costumi e dalle opinioni del popolo, sarà dimostrato che la legge può bensì imprimere un carattere più marcato d' infamia alle azioni riguardate per infamanti dalla publica opinione; ma non potrebbe applicare questa nota di obbrobrio ad azioni non riguardate per tali dal comune pensare dei componenti la Nazione. Ove presumesse di farlo, non farebbe che avvilire le proprie armi, cioè mostrarne l' impotenza; ed è finita per l' ordine pubblico quando sorge l' opinione dell' impotenza delle leggi. Dippiù dichiarando infami delle azioni che non sono tali nella opinione publica, si diminuisce, come osserva il Beccaria, l'infamia di quelle che sono veramente tali. Allora » le idee della morale e della probità

verno: questa insomma segue la legge dell' *opportunità*. Siccome adunque perchè un uomo nello stato politico goda pienamente della publica stima, conviene che sia adorno delle virtù sì naturali che civili, così è molto acconcia quell' espressione di Callistrato *legibus ac moribus comprobatus*.

» s' illanguidiscono ad onta delle declamazioni, che mai non
» resistono agli esempj ».

Dal fin qui detto risulta che l' infamia può bensì distinguersi in infamia di fatto ed in infamia di diritto, ma queste non devono mai l' una dall' altra separarsi, vale a dire che l' infamia di diritto ivi soltanto deve esercitare la sua forza dove già esiste l' infamia di fatto. *Altro è il distinguere altro è il separare* direbbe a questo proposito il Romagnosi.

Qui forse alcuno opporrà, che se la legge in questa classe di pene deve costantemente seguire la publica opinione, ne discenderà di conseguenza che l' irrogazione di esse per parte del Legislatore sarà un atto superfluo, e perciò da evitarsi, per lo principio dell' economia, dalla politica. L' obbiezione è facile a risolversi. Per quanto l' opinione publica consideri come infamante una data azione, il dolore morale dell' infamia non è mai sì vivo, sì penetrante, sì temibile pel cittadino, come quando un atto legale viene a convalidare la publica opinione, ed a sanzionarla per così dire nella sua direzione. Allorchè manca l' infamia di diritto, il reo può sempre lusingarsi che non tutti convengano in quella opinione di obbrobrio, che una parte dei cittadini possano riguardarlo con occhio di minor disprezzo e forse di compassione; ma quando la dichiarazione della legge viene a fare alleanza colla riprovazione dei più sensati, il resto del popolo è tratto insensibilmente a congiungersi al pensare di quelli, ed allora l' infamia è veramente tale, è veramente un' arma potente nelle mani del Legislatore.

Passiamo al 2.° principio del Filangeri. Non si deve, egli dice, moltiplicare molto il numero degli infami, perchè l' infamia è una pena di opinione, e le impressioni troppo frequenti sulla opinione indeboliscono l' opinione stessa; filosofica riflessione accennata già dal Beccaria (1). Carmignani censura il Filangeri in questo suo secondo principio, dicendo, che se

(1) Ecco il detto sentenzioso di questo autore — *l' infamia di molti si risolve nell' infamia di nessuno* —.

gl' infami sono molti, è segno che la sanzione dell' infamia è inefficace, ed allora conviene riformare la legge. Piuttosto che occuparmi di questa critica, che sembra scambiare i termini della questione, io farei il quesito se circoscrivendo le pene d' infamia ai delitti veramente infamanti, possa mai avvenire che il numero degli infami si moltiplichi di troppo. O supponiamo una Nazione miseramente degradata, ed allora cessa a mio credere ogni disputa, poichè si potrebbe dire con *Orazio quid leges sine moribus vanae proficiunt?* O si tratta di una Nazione non degradata, ed è impossibile, che i delitti infamanti si moltiplichino a tal segno da rendere troppo esteso il numero degli infami. Il primo precetto adunque del Filangeri presuppone nelle sue conseguenze anche il secondo.

Volgiamo finalmente il discorso al terzo, con cui questo elegante Scrittore ci avverte non doversi impiegare le pene d' infamia contro quella classe del popolo che poco o nulla apprezza l' onore. Anche qui incontrò egli la censura del Professore Pisano, che osservò doversi punire il delitto, non il delinqnente. Ma se lice esporre ingenuamente il proprio sentimento contro un Autore di tanta dottrina, l' addotta massima di punire il delitto e non il delinquente, colla quale l' egregio Professore ha inteso significare non tanto importare alla salute pubblica, che il reo senta o non senta il dolor della pena, quanto che lo temano gli spettatori di essa, non sembra nella presente questione bene applicata. Imperciocchè qualora esistesse nella Società una classe di uomini che non apprezzasse l' onore, la pena infamante applicata ad un individuo di tal classe, non solo sarebbe inefficace pel delinquente da essa colpito, ma anche per tutti gli altri di quel ceto, che ne vedessero l' applicazione. E ciò basterebbe per consigliarne la proscrizione o la commutazione con altra pena.

Ma non potrebbe piuttosto muoversi la questione, se nelle odierne Nazioni di Europa esista veramente una classe di uomini indifferente al sentimento dell' onore? Lo stesso Filangeri propose questa ricerca, e ne riserbò la soluzione al cap. XXVI. del lib. III. Ma colse egli nel segno? Egli ci dice, che nel

Governo Monarchico ed Aristocratico l'infima classe del popolo non attacca alcun prezzo all'onore, e sarebbe capace di subire con intrepido volto qualunque pena infamante. Qui è palese l'illusione in cui il Filangeri è caduto. Se si eccettui l'asiatico Dispotismo, quello in cui il suddito non è sicuro di possedere l'indomani la sua vita, la sua libertà personale, la sua famiglia, i suoi beni, che possono malgrado la sua innocenza venirgli ad un tratto dal capriccio di un Bascià rapiti, nè la Monarchia, nè l'Aristocrazia hanno mai degradato gli uomini come suppone il Filangeri. Nel capitolo unico parte II. di questo libro avrò occasione di parlare del *valore sociale.* Esso *si verifica nel cittadino quando in virtù del buon ordinamento civile egli si trova nel libero possesso dei quattro poteri reale, morale, economico,* e *sociale in modo da conseguire per essi onorata sussistenza e considerazione.* Un Governo sia monarchico sia aristocratico può benissimo diffondere il valore sociale nella massima parte, anzi in tutti i cittadini. Dico *in tutti*, eccettuandone gli oziosi volontarj ed i vagabondi, di cui sarà sempre scarso il numero quando l'ozio improbo ed il vagabondaggio siano dalle istituzioni sociali resi *inescusabili* e puniti. Allora qual sarà il cittadino benchè povero che non apprezzerà l'onore? Qual sarà quello che non temerà l'infamia vedendo che questa gli fa perdere in parte se non in tutto i detti quattro poteri e con essi i mezzi di sussistenza? Conchiudiamo adunque, che non potendo esistere nei Governi moderati classi di uomini indifferenti all'infamia, le pene di cui parliamo conservano ovunque, eccetto solo i dominj del ferreo dispotismo, la loro idoneità politica sopra ogni ceto di cittadini.

Dato così un rapido sguardo alle varie cose scritte sulle pene infamanti, vediamo se vi sia alcun'altra considerazione da farsi sulle medesime. Vedemmo testè, che la *correzionalità* della pena, sebbene non sia un carattere *essenziale* della medesima, costituisce però un carattere accessorio ed importantissimo di essa in tutti que' casi, in cui l'indole del castigo vi si presta. Ora la sanzione dell'infamia, per la quale cessa

il rappresentativo dell' onore, il cui zelo serve di tanto energico eccitamento alla virtù e di tanto efficace freno ai vizj, non presenterà l' inconveniente di rendere difficilissimo il ravvedimento del reo? E qualora in essa si verifichi questo politico sconcio, dovrà ella proscriversi totalmente, o riserbarsi ad alcuni pochi casi?

A risolvere questa questione opportune si presentano le parole d' un inglese Scrittore. » Non bisogna credere, dice » egli, che la pena d' infamia non sia graduabile. Se ciò fosse » vero, l' applicazione di questa pena sarebbe quasi sempre » impolitica. All' opposto l' infamia ben maneggiata è suscettibilissima di graduazione. Essa è nel morale quel che è la » sozzura nel fisico. Passa un bel divario dall' avere una macchia nell' abito all' essere coperto di fango. »

Gli stessi Romani nei tempi loro più belli conobbero questa massima, e la posero utilmente in esecuzione. Distinguevano essi la *nota censoria* dall' *infamia*, e comprendevano poi l' una e l' altra sotto il nome generico d' *ignominia*. La nota censoria non era perpetua, e cessava tostochè il cittadino notato dava miglior saggio di sè, cosicchè si videro taluni espulsi dal Senato per l' autorità dei Censori, venir poi creati essi stessi Censori dopo qualche tempo (1). L' infamia al contrario era una specie d' ignominia assai più grave e permanente, cosicchè si disputò gravemente fra i romani Giureconsulti, se espiata la pena, cui era annessa l' infamia, cessasse anche l' infamia stessa. Premessa dunque la graduabilità della pena infamante, svanisce il supposto inconveniente politico di essere ella opposta all' emendazione del reo. Un cittadino, che per una riprovevole azione venisse dalla Società punito con un contrassegno d' ignominia, ma che sapesse non dipendere se non da lui l' estinguere questo contrassegno con una illibata condotta in avvenire, quale stimolo non avrebbe ad emendare se medesimo? La privazione od interdizione temporanea dallo esercizio de' publici impieghi, o de' diritti civili adottata

(1) Cicero pro Cluent.

nell'articolo 50. del Regolamento 20. Settembre 1832. offre il vantaggio di cui qui parliamo.

In quanto poi a quell'infamia che per essere immedesimata coll'indole di alcune turpissime azioni, va per così dire a rendersi inestinguibile tostochè sia pronunciata dalla legge, può anch'essa venir parcamente adoperata dal Legislatore limitandola ad alcuni casi di perpetua restrizione. Ma è grandemente a desiderarsi, che la legge lasci sempre aperta al condannato una qualche speranza di riacquistare la stima dei suoi concittadini con una emendazione veramente manifesta e radicale; alla qual cosa suol provvedere la legge, che appellasi di *riabilitazione*.

CAPITOLO III.

Della proporzione delle pene.

SOMMARIO

§. 1. *Della misura delle pene conosciuta sotto il nome di proporzione geometrica e di proporzione aritmetica.*

§. 2. *Della proporzione delle pene conosciuta sotto il nome di* talione.

§. 3. *Nuovi argomenti in difesa della teorìa della* spinta criminosa.

§. I.

Antichissima è la questione sulla proporzione da osservarsi tra la pena e il delitto. Imperciocchè malgrado la falsa idea di *vendetta* che le primitive incolte società a quella attribuivano, malgrado la non meno falsa nozione di espiazione del reato, che i popoli nei primordj del loro dirozzamento ne ave-

vano, il solo naturale buon senso suggeriva che fra la pena e il delitto doveva intercedere una relazione di quantità in modo che al crescere del secondo dovesse proporzionatamente aumentare anche la prima. Coll' andar de' secoli si vide ancor più innanzi, perchè i tre luminari dell' antica politica Platone, Aristotile, e Cicerone ravvisarono colla profondità de' loro lumi il vero fine della pena nel publico esempio (1); ma non si giunse mai tant' oltre da scoprire i veri dati da cui desumere si dovesse il più ed il meno della pena applicabile ad ogni singolo delitto per ottenere efficacemente la sicurezza sociale. Quindi è che gli antichi disputando sulla proporzione fra il delitto e la pena si contentarono di ricercare se questa dovesse essere in ragione composta della quantità del delitto e della condizione del delinquente, oppure in ragione semplice della prima. E per rendere più imponente la disputa coll' apparato di maestoso linguaggio, chiamarono la prima *proporzione geometrica*, e la seconda *proporzione aritmetica*.

Aristotile nell' Opera intitolata *Politicorum* prese a difendere la proporzione geometrica, facendo così entrare nella misura delle pene anche la *condizione* del reo. E qui avverto che per *condizione* deve intendersi *quella differenza di rango introdotta dalla publica opinione, in forza di cui il cittadino è più o meno stimato in ragione delle ricchezze o della nobiltà de' natali*. Per porre adunque in opera la proporzione geometrica converrebbe rinnovar l' esempio delle leggi romane

(1) Platone nel Dialogo XI. *de legibus* mostrò chiaramente di riconoscere nella pena, oltre l' elemento morale, anche l' elemento politico di prevenzione, come si raccoglie dal testo, che riportammo alla pagina 55. in nota. Aristotile discepolo di Platone nell' Opera intitolata *Politicorum* lib. VII. cap. XIII. attribuisce l' uso delle pene alla *necessità* e così ne esclude la nozione di *vendetta*, la quale non può mai dirsi necessaria: *Judicare punire supplicio afficere a virtute quidem est, sed ex necessitate*: sono sue parole. Cicerone nel libro 1. *de officiis* espresse chiaramente il fine preventivo della pena con questi termini — *Poenis utimur contra delinquentes, ne quid posthac committant ipsi, caeteri vero sint ad delinquendum tardiores.*

emanate sotto gl' Imperadori, le quali in ciascun delitto stabilivano tre gradi di pena, il più mite per li più illustri, il medio per li meno illustri, il più grave per l' infimo ceto dei cittadini. Ma questo modo di creare le leggi penali è egli consentaneo alla politica giustizia?

Per rispondere a questa questione non bisogna dire con Giovenale che sorga dal misfatto delle persone illustri un malo esempio per così dire più clamoroso e publico, il quale renda il delitto di esse degno di maggior castigo (1), lo che porterebbe a stabilire una proporzione di pene totalmente opposta a quella di Aristotile. Simile osservazione se può addirsi al Satirico che infiammato di sdegno flagella i vizj del suo secolo per farne migliori i costumi, disconviene però al Politico, il quale nelle proprie ricerche deve essere guidato da fredde e calcolate considerazioni scevre da ogni passione avvegnachè giustissima. Vediamo adunque che cosa suggerisce la politica su questo argomento.

In ogni ben costituita Republica le leggi debbono proteggere più che sia possibile l' uguaglianza de' diritti de' cittadini, e non dar luogo colle loro sanzioni all' assurda e perniciosa idea che un cittadino nell' ordine sociale abbia una maggior somma di diritti in confronto di un altro. Facendo altrimenti, lungi dal far servire l'associazione politica alle ammirabili viste della Providenza, si abuserebbe di un mezzo diretto al più importante de' fini per agire in opposizione a questo fine istesso. Ora chi potrebbe impugnare che una legge, la quale pel medesimo delitto punisse meno un nobile di un plebeo, verrebbe a sanzionare una pretesa disuguaglianza di diritti fra gli uni e gli altri membri di una stessa Società, disuguaglianza, di cui non vi ha cosa più mostruosa nell' ordine politico? Non basta. L' intento finale, cui mira il penale magistero, è quello di frenare colla minaccia della dolorosa sanzione la

(1) Omne animi vitium tanto conspectius in se
Crimen habet: quanto quis peccat major habetur.
Satyr. 8. ver. 140.

spinta criminosa che trae gli uomini a violare le leggi, ossia di contrapporvi la retrospinta penale in quella proporzione che basti a soggiogare nella maggior parte de' malvagi i motivi eccitatori del delitto. Per dimostrare adunque che gli uomini debbano esser puniti più o meno a seconda della loro condizione, converrebbe provare che questa influisse a rendere maggiore o minore la spinta criminosa, ovvero a dare una maggiore o minore efficacia alla retrospinta penale. Ma in quanto alla prima chi è che non vede che la spinta criminosa, essendo un risultamento composto del desiderio del frutto del delitto, della maggiore o minore audacia che il delinquente mostra nell'eseguirlo, e della lusinga di sfuggire la pena, sorge da elementi totalmente estranei alla condizione delle persone? Resta dunque a vedersi se la condizione del delinquente partorisca una differenza nella retrospinta penale. Prima d'istituire questa ricerca è d'uopo premettere che in ogni questione di diritto politico-naturale conviene proporsi per base una vera *Società civile*, e non un aggregato di uomini in cui le condizioni siano disparate, come lo erano fra gli Spartani e gli Iloti. È inutile il disputare di *diritto* dove la posizione stessa degli uomini è *fuori di diritto*. Bisogna dunque presupporre nella ricerca un'aggregazione politica, in cui ogni cittadino abbia il suo valore sociale. Ciò premesso gettiamo uno sguardo sulle quattro classi di pene per vedere se giusta la varia condizione degli uomini si verifichi in esse una maggiore o minore energia repulsiva. Prima di tutte ci si presentano le pene capitali, sulle quali è agevole l'osservare che la vita siccome è cara tanto al ricco quanto al povero, tanto al nobile quanto al plebeo, la virtù terrifica della pena di morte non può dalla condizione degli uomini ricevere veruna modificazione. Vengono in seguito le pene afflittive, nelle quali unicamente si può verificare che per l'uomo educato in morbidi agi riescano più gravi e dolorose di quello il siano pel cittadino avvezzo ad una vita dura e laboriosa: ma a questa differenza può il Legislatore facilmente riparare, conservando l'uguale durata di esse per ogni classe di cittadini, e stabilendo solo, che gli aspri

lavori del luogo di pena siano per gli uomini della classe agiata convertiti in occupazioni più sopportevoli e leggiere. Ma in questo caso la commutazione de' lavori ha forse per iscopo di far soffrire meno una classe di persone che l'altra? Al contrario: ha per iscopo d'impedire che la classe agiata soffra più dell'altra cioè di ridurre la cosa all'uguaglianza. Dunque anche nelle pene afflittive si verifica che le sanzioni penali devono essere uguali per tutti i ceti. Vengono in terzo luogo le pene pecuniarie, sulle quali ho già altrove rimarcata la volgare ed erronea opinione che debbano consistere in una maggior somma pel ricco, in una minore pel meno ricco. Avendo anzi io dimostrato non ha guari che la pena pecuniaria applicata secondo il principio dell'*analogia* (nè altrimenti il potrebbe essere utilmente) riesce, senza alterarne la somma, egualmente temibile pel più dovizioso e pel meno dovizioso, mi riporto a quel che ne ho scritto nell'antecedente capitolo. Finalmente ci si presentano le pene infamanti, dove ci si affaccia tosto una difficoltà. La sanzione della infamia, che agisce unicamente sul morale degli uomini, non sarà essa più sensibile pel nobile e pel ricco solito ad essere riverito, di quello che pel plebeo non avvezzo a distinte dimostrazioni di stima? Per rispondere alla domanda torniamo a rammentare, che noi presupponiamo una Società, in cui sia diffuso in tutti i ceti il valore sociale. Ciò premesso non è egli vero che l'infamia scema notabilmente all'uomo del volgo il suo valore sociale, e gli rende più arduo il conseguimento dei vantaggi della convivenza, ossia del mutuo commercio de' servigj gratuiti e non gratuiti? Dunque l'infamia sarà più temibile pel ricco in ragione della maggiore delicatezza del suo amor proprio, e più temibile pel povero in ragione dei suoi bisogni, e così l'effetto della infamante sanzione verrà a pareggiarsi per mezzo dell'indole stessa di quei principj che sembrano in apparenza portare una disuguaglianza (1).

Possiamo dopo ciò con sicurezza conchiudere che le pene

(1) Genesi del Diritto penale S. 1568.

devono essere uguali per tutti i ceti, e che non la proporzione geometrica ma l'aritmetica deve seguirsi per assegnare ai delitti le congrue pene.

§. II.

Ora poichè l' ordine delle materie ci ha portato a parlare delle antiche opinioni sulla proporzione fra il delitto e la pena, ci riconosciamo in obbligo di volgere il discorso a quella specie di proporzione conosciuta presso gli antichi sotto il nome di *talione*.

Far soffrire al delinquente quello stesso male ch' egli col suo delitto recò alla persona offesa, ecco ciò che indicavano i primi popoli col nome di *talione*. Nel capitolo I. di questo libro già notammo a quali circostanze storico-politiche attribuir si possa l' origine di questa misura di castigo, che le Nazioni nella loro infanzia riguardarono con tanta venerazione da attribuirne come fecero l' invenzione a Radamanto fratello di Minosse, uomo sì altamente celebrato per la sua giustizia che fu creduto per questa sua dote eletto giudice dell' inferno. Il Renazzi con filosofico raziocinio adduce la ragione, per cui questa maniera di punire divenne così celebre presso gli antichi. *Chi ha patito un' offesa*, dice quest' Autore, *odia l' offensore e non può comportare di vedere sè più infelice di quello. Quindi l' orgoglio che è un disordinato amor di se stesso accende nell' animo il desiderio della vendetta, il quale allora soltanto pienamente si soddisfa quando all' offensore si fa soffrire lo stesso male che egli recò all' offeso.* Niuna meraviglia adunque se nell' infanzia dei popoli, tempo in cui la pena non può presentare ad essi altra nozione che quella della vendetta, il talione fu universalmente adottato e con encomj celebrato.

Ma appena i popoli progredirono nell' incivilimento, s' incominciò ad avere una migliore idea della pena, ed allora tosto si compresero gli assurdi che presentava il talione. Aulo Gellio nelle Notti Attiche lib. XX. cap. I. introduce il filosofo

Favorino a disputare col G. C. Sesto Cecilio intorno alle leggi decemvirali, e gli fa notare varii inconvenienti a cui dà luogo il talione. Noi li esporremo fedelmente non senza aggiungere ogni altro assurdo che da questa misura deriverebbe.

1°. Vedemmo che la pena essendo un ostacolo politico che si oppone al delitto, la misura di punire deve essere dedotta dalla somma dei motivi che spingono gli uomini a commettere le singole azioni criminose. Il *talione* al contrario fa derivare la pena non da questi motivi, ma dal materiale atto fisico che costituisce il delitto. Tutti quegl' inconvenienti adunque che dalla misura del danno vedemmo derivare nel §. IV. cap. IV. del primo libro deggiono appropriarsi al talione. Questa misura di punire esclude ogni riguardo alla moralità dell' azione. Secondo essa conviene punire egualmente la ferita premeditata, quella recata nell' impeto degli affetti, e quella cagionata per imprudenza. Di questo appunto dolevasi Favorino con Sesto Cecilio.

2.° La misura del talione essendo totalmente eterogenea alla spinta criminosa, ne deve necessariamente risultare una pena ora inefficace, ora eccessiva, e perciò in ambi i casi ingiusta. Un esempio della prima si avrebbe in una lieve ferita che costituisse il conato di omicidio :. un esempio della seconda si avrebbe in un incendio colposo, da cui ne fosse derivata la morte di alcuno.

3.° Vedemmo doversi evitare le pene di dolore *diretto* pei gravi inconvenienti, che traggono seco. Il talione offrirebbe sovente di tali pene.

4.° Spesso il talione presenterebbe la impossibilità fisica della sua applicazione. Niun abile Chirurgo potrebbe irrogare una ferita in modo da non recare nè più grave, nè più lieve danno di quello che apportò il delinquente. Fu questo l' altro argomento di Favorino, il quale osservò che ove col talione si cagionasse maggior danno, sorgerebbe un nuovo delitto, quindi un nuovo diritto al talione, e così un infinito alternare di delitto e di pena.

6.° Finalmente il talione è inapplicabile *moralmente* in tutti i delitti che si oppongono ai buoni costumi (1).

§. III.

Dimostrato adunque che la misura di punire conosciuta sotto il nome di *talione* non può convenire alle incivilite Società, dilucidata l'incongruenza della proporzione geometrica, e fatta per questo modo palese la necessità di valersi della sola proporzione aritmetica, ossia di quella che unicamente si deduce dalla quantità del delitto, premesso finalmente fin dal IV. cap. del primo libro, che la quantità del delitto non può esattamente derivare se non dalla misura della *spinta criminosa*, ognuno facilmente prevede, che noi qui andiamo a riproporre quella stessa teoria, e a farla servire di conchiusione all' argomento posto in fronte a questo capitolo.

Nel far ciò potremmo di leggeri entrare in una più ampia dimostrazione di sì ammirabile dottrina, che forma, per così dire, il trionfo del Romagnosi; ma siccome quest' assunto ci farebbe necessariamente incorrere in qualche ripetizione di cose già dette, la quale ci siamo proposti di accuratamente evitare, così stimiamo opportuno di limitarci qui a prevenire un' obbiezione che contro questa teoria è stata fatta dal dotto Estensore dall' art. I. del n. 107. della Biblioteca italiana (2).

(1) Non credasi per avventura che i riflessi sin qui esposti siano in conflitto col Diritto Mosaico, ove sta scritto: *si autem mors ejus fuerit subsecuta reddet animam pro anima — Oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede. Exod. cap.* 21. *vers.* 23 *et* 24. Quando il fossero, l'autorità delle sacre carte dovrebbe prevalere ad ogni umano argomentare. Ma io prego di riflettere: 1. che quanto dicesi delle pene umane, falsamente si applicherebbe alle pene divine, 2. che spetta alla Chiesa il giudicare se la detta sanzione Mosaica debba intendersi letteralmente o figuratamente, 3. che i delitti nel Governo Teocratico rivestono la natura più di offese della Divinità che di offese sociali, ed allora gli umani argomenti debbono tacere.

(2) Il Prof. Baldassare Poli.

Il Romagnosi aveva detto che la considerazione della spinta criminosa non deve dedursi dalla qualità e dalla quantità *escogitabile* sia degli incitamenti, sia del desiderio dei *particolari delinquenti possibili*, ma dalla considerazione dell'indole ed energia originaria e comune di questo desiderio *presso di un dato popolo*, dalla maggiore o minore facilità e consuetudine di soddisfarlo, e dalla maggiore o minore presuntiva lusinga di sfuggire la pena: aveva avvertito che questa considerazione deve essere *perpetua*, *comune*, *futura*, e *presuntiva*, e non già *reale* e *individuale*, abbracciando delle viste generali e complessive e dei fatti consueti e futuri di un dato popolo: aveva finalmente notato che l'esercizio pratico di questa dottrina dipendeva dal fissare *una misura media* delle spinte tutte particolari di fatto, avuto riguardo alle circostanze dei singoli delitti, ossia agli atti esterni assegnabili indicativi della massima e della minima spinta a delinquere.

Ora ecco che cosa oppone l'Estensore dell'articolo. » La » teoria della spinta criminosa va soggetta a molte difficoltà » ed inconvenienti. Non può adoperarla il legislatore, od almeno assai difficilmente, perchè non è cosa sì agevole il » fissare delle medie sul desiderio e sulla potenza che possono » avere i cittadini a commettere piuttosto un delitto che un » altro, e il contemperare l'eccesso col difetto nel concorso » di questi elementi sempre incostanti e variabili: non giova » al giudice, perchè egli trovasi nella stessa incertezza allorchè debba secondare le viste della legge nella latitudine » della pena che rimette al suo discernimento ». Ecco la prima obbiezione.

È d'uopo prima di tutto avvertire che la teoria della spinta criminosa appartiene propriamente parlando ai principj della Scienza della legislazione, e perciò essa è una norma tutta direttiva del Legislatore, da non ignorarsi però dal Giudice per ben comprendere lo spirito delle leggi penali, e seguire le tracce di essa in tutti que' casi in cui la legge lascia al Magistrato una latitudine nell'applicazione della pena. In secondo luogo è da notarsi che nel Legislatore non può nè

deve supporsi l' ignoranza del *carattere morale* della propria Nazione, e quando questo carattere sia a lui noto, svanisce la difficoltà di trovare le medie sul desiderio sulla potenza e sulla lusinga d'impunità che possono avere i cittadini nel commettere i singoli delitti. Prendiamo per esempio sott' occhio il delitto di latrocinio. Il Legislatore esaminando questo crimine in astratto vi ravvisa concorrervi in grado energico il primo elemento della spinta criminosa, cioè il desiderio del frutto del delitto, poichè sa quanto gli uomini generalmente parlando si lascino trascinare dalla passione dell' interesse: vi ravvisa in grado eguale l' audacia, la quale eminentemente concorre in tutti quei delitti, in cui si toglie premeditatamente la vita all' uomo, e finalmente vi ravvisa fino a un certo punto la speranza dell' impunità costituita dalla fredda ponderazione dei mezzi più occultabili che si fa precedere a questo delitto. Combinate queste tre riflessioni generiche ed astratte col carattere morale della Nazione più o meno avido delle ricchezze, più o meno inclinato ai delitti di sangue, troverà facilmente il Legislatore il grado di pena necessario a reprimere siffatto delitto. In una parola o il Legislatore conosce il carattere morale del suo popolo, o non lo conosce. Nel primo caso non può essergli difficile l' applicazione della teoria di cui parliamo. Nel secondo non merita il titolo di Legislatore, e mancano i termini della disputa. Che più? Come impugnare la necessità e l' utilità di questa misura, quando si vede in fatto che una gran parte delle leggi penali vigenti presso le Nazioni di Europa non ripetono la loro ragione legislativa se non da questa teoria? E vaglia il vero. Tutti i Codici Europei puniscono più il furto di sc. 100. che quello di sc. 20. Quale ne è la ragione? Invano mi direste essere il maggior danno annesso al furto dei sc. 100. che ha dettato l' accrescimento della pena. Questa risposta sarebbe smentita dal fatto, poichè può essere mille volte più dannoso il rubare venti scudi ad un povero che sottrarne cento ad un ricco. La vera ragione è il maggior desiderio del frutto del delitto che si verifica nel secondo caso, desiderio, che aumentando la spinta

criminosa consiglia ad accrescere la retrospinta penale. Parimenti perchè si punisce maggiormente il furto commesso da un domestico che da un estraneo in parità di circostanze e di somma, se non perchè nel domestico vi è quella seconda specie di audacia, che a suo luogo fu spicgata, e che ha tanta influenza nella entità del danno politico proveniente dal delitto? Perchè l'art. 163. del regolamento 20. Settembre 1832. punisce con un grado maggiore di pena il falso testimonio che per commettere il delitto ha ricevuto denaro, premio o promesse, in confronto di quello che il fece per favore o per odio, se non è pel principio della spinta criminosa? Dove trovar la ragione (se si esclude la nostra teoria), per cui lo spergiuro in giudizio civile ed in causa propria viene dall'articolo 165. punito colla detenzione da uno ai tre anni, e colla interdizione dei diritti civili, mentre lo spergiuro stesso in causa altrui soggiace alla sola pena della detenzione come sopra, e talvolta la detenzione stessa è limitata da due mesi ad un anno, se il valore della causa non eccede li sc. 50? Come prescindendo dalla nostra teoria si può trovare la ragione per cui la falsità commessa in un atto publico da un Notajo od altro publico Funzionario è punita colla galera dagli anni 10. ai 15., mentre la stessa falsità commessa da qualunque altra persona è punita nel limite dai 5. ai 10. anni della stessa pena? (Vedi gli art 228. e 230. del citato Regolamento). La sola dottrina della spinta criminosa è quella che può avere suggerita tal differenza di pena per quel tradimento della fiducia pubblica, che concorre nel Notajo e nel Funzionario publico quando falsificano gli atti ad essi affidati. Io non finirei mai se volessi citare tutti gli esempj in cui la teoria della spinta criminosa è stata seguita dai Legislatori o avvertitamente o per un principio di buon senso. La legislazione romana, gli odierni Codici europei ne sono pieni. Ma io li sacrifico alla brevità, e passo alla seconda obbiezione che fa l'Estensore dell'articolo.

La spinta criminosa produce degli assurdi, perchè avendo riguardo unicamente ad essa nell'assegnare la pena al de-

litto, non se ne punisce il danno, e perchè un delitto men grave dovrebbe dichiararsi più punibile di un atroce, attesa la spinta maggiore nel primo, fino al punto di lasciare impunito l'atrocissimo, supponendolo impossibile per mancanza di desiderio, di potenza, ossia di spinta criminosa.

Questa obbiezione contiene due distinte proposizioni: 1.° che seguendo la teoria della spinta criminosa nell'assegnar la pena al delitto, non se ne punisce il danno: 2.° che avendo unicamente riguardo alla suddetta norma un delitto meno grave va a punirsi più di un atroce, ed è forza lasciare impunito l'atrocissimo per la mancanza in esso di desiderio e di potenza ad eseguirlo. Procediamo per ordine.

La prima proposizione non si può prendere alla lettera e bisogna interpretarla. Creder possibile che si punisca un delitto senza punirne il danno è cosa che non può trovar accoglienza in una mente sana, perchè se il danno è un elemento del delitto (vedi pag. 22,), chi punisce questo, colpisce anche il danno. Non potendosi supporre sì strano paralogismo nel Poli, siamo autorizzati a credere, aver egli voluto dire con quella prima proposizione, che stando alla misura della spinta criminosa, si trascura ogni debito riguardo al danno proveniente dal delitto. Presa così la cosa, noi domanderemo al Poli se egli intende parlare del *danno fisico*, o del *danno politico*. Se il suo discorso allude al primo, noi gli rispondiamo, non esser meraviglia, che per attuare un buon sistema penale si tiri un velo sul danno fisico isolatamente preso, e gli si abbia riguardo soltanto in quanto influisce anch'egli nel più e nel meno del danno politico. Difatti se la misura penale si traesse dal danno fisico proveniente dal delitto, ne verrebbero tutti quegli assurdi, che noi enumerammo alle pag. 100. e 101. del presente volume. Dippiù a mostrare quanto remota sia in un buon sistema penale la considerazione del danno fisico basta il vedere che esso si ha egualissimo in un omicidio commesso con colpa minima ed in un omicidio proditorio, mentre anche il rustico saprebbe insegnarci che a quello si spetta una lieve correzione, a questo la più severa fra le pene

applicabili da un umano Legislatore. — Se poi il Poli intende parlare del danno politico, noi non sappiamo persuaderci, come nella mente di un Cattedratico di chiaro nome qual'egli è, non sia entrato il riflesso, che il danno politico va così armonicamente di pari passo colla spinta criminosa, che chiunque prende questa per norma della scala penale viene precisamente a punire ogni delitto in ragione diretta del suddetto danno politico. I nostri lettori non hanno che a scorrere le pagine 106. e 107. del presente volume per rimaner convinti di questa verità.

Con queste nostre osservazioni rimane confutata anche la seconda proposizione del Poli. Non volendo noi fargli il torto di credere, che egli disputando di scienza politica pretenda di misurare la gravezza dei delitti colle pure norme dei moralisti, nel qual caso converrebbe punire più severamente una semplice bestemmia che un premeditato omicidio, teniamo per fermo ch' esso non abbia perduto di vista, esser noi in tema di giustizia sociale, giusta la quale il delitto è più o meno grave in ragione diretta del danno che esso reca alla Società. Ora presa la gravezza dei delitti in questo senso, nè in altro modo ella potrebbe essere rettamente intesa, risulta manifesto per le cose dette testè, che per la teoria Romagnosiana il delitto *veramente più grave* si punisce con pena maggiore, ed il meno grave con pena minore.

Come poi l' autor dell' articolo abbia immaginato, che la dottrina dell' insubre Filosofo porti ad estimar impossibile il delitto atrocissimo per mancanza di desiderio e di potenza ad eseguirlo a noi sembra quasi un mistero. Tuttavia possiam congetturare, ch' egli abbia voluto alludere al *parricidio proprio*, cioè all' uccisione del padre commessa dal figlio o viceversa. È noto che Solone e Romolo si astennero dallo statuire alcuna pena a un tale orrendo misfatto, e Cicerone dice aver il Legislatore di Atene ciò fatto *ne non tam prohibere quam admonere videretur*, cioè per evitare di porre in vista al popolo come possibile una tanta degradazione della umana natura. Ma poichè una trista esperienza mostrò, come osserva lo

stesso Tullio, nulla esservi di sì santo, cui l'umana audacia talvolta non violi, vediamo se i principii del Romagnosi portino a cancellare dal Codice penale il parricidio. Per venire a questa conseguenza converrebbe opinare col Poli, che allorquando un tale eccesso si verifica, esso si commette senza desiderio e senza potenza di eseguirlo. Ma ciò potrebbe solo supporsi in un alienato di mente, ed allora siam fuori di questione. Quando poi l'uomo nel possesso delle mentali facoltà giunga ad insozzarsi nel mostruoso crimine di parricidio, egli non può non esservi tratto da una violenta concupiscenza (ardente desiderio) e dall'audace sicurezza di poter in un sol colpo troncare tutte le reazioni, che il fremito della natura, la morale, la religione oppongono ad un eccesso sì esecrando.

Che diremo finalmente dell'osservazione, con cui l'Estensore dell'articolo chiude la sua critica, cioè che la misura del dolo e del danno cumulativamente presi equivalgono a quella della spinta criminosa? Diremo francamente, che presumendo di semplificare il sistema non fa che riproporlo in diversi termini. Egli dice che *al dolo corrisponde il desiderio del delitto*, lo che siamo ben lungi dall'ammettere dopo l'esatta definizione da noi data del dolo ponendone l'essenza costitutiva nella *coscienza di violare liberamente la legge*, e soggiunge che *col danno s'identifica la potenza al delitto, ed anche la lusinga dell'impunità che lo rendono* o *possibile od effettivo secondo la loro maggiore* o *minore entità*; e qui sembra voler parlare del danno *mediato* ossia *politico*. Ma supposto che *al dolo corrisponda il desiderio del delitto*, ritorna il bisogno nel Legislatore di conoscere le medie di questo desiderio: dunque l'Oppositore riconosce l'indispensabilità di questa cognizione per far buone leggi, e propone egli stesso quello che nel Romagnosi censura. Se poi *col danno s'identificano la potenza al delitto e la lusinga dell'impunità*, eccoci agli altri due elementi della spinta criminosa; ed eccoci a confessare che il delitto più dannoso ossia più grave è quello in cui maggiormente concorre questa spinta. Che se finalmente l'ardito Oppositore con quest'ultima sua riflessione ha inteso di giustifi-

care il Filangeri ed altri che riposero la misura delle pene nella considerazione composta del dolo e del danno immediato, noi non possiamo concepire come egli presuma di sostenere il proprio assunto. E per verità avuto riguardo soltanto al dolo e al danno immediato, ove trovare la ragione, per cui il furto qualificato per male arti si punisce più del furto semplice in parità di valore, lo stupro commesso dal tutore nella propria pupilla più di un altro stupro, l'abuso del pubblico Cassiere, che si appropriì in tutto o in parte il denaro, di cui ha la custodia, più della sottrazione che di pari somma facesse dalla cassa un estraneo, e così d'infiniti altri casi? Il Filangeri stesso conobbe che il suo sistema era incompleto, e procurò di rattopparlo col cap. XLI. del lib. III. part. III., ove discende a parlare dei delitti di natura loro più occultabili. Ma ciò che egli in quel capitolo chiama *eccezione* è un principio, che deve entrare a costituire le basi fondamentali del sistema penale, e che viene completamente abbracciato dalla teoria della spinta criminosa. Conchiudiamo adunque che questa dottrina è superiore ad ogni censura. Essa va fastosa di due grandi suffragi, quello del sensatissimo Rosmini, in cui la candidezza dell'animo e le religiose virtù emulavano la sapienza della mente, e quello di Cesare Cantù, il cui solo nome vale il più grande elogio. Essa infine è una di quelle splendide verità che ritrovate una volta non perdono del loro splendore nè per l'urto delle contrarie opinioni, nè pel decorso dei tempi, ma luminose trapassano alla posterità formando serto immortale di gloria ai loro Autori.

CAPITOLO IV.

Delle cause di diminuire o rimettere le pene.

SOMMARIO

§. I.

S' egli è vero, come certamente è, che il sistema penale è istituito per apportare al consorzio civile un bene di somma importanza qual' è la sicurezza dei diritti; se questo bene allora veramente si raggiunge quando fra il danno sociale derivante dall' offesa rappresentato dalla *spinta criminosa*, e il castigo, che può appellarsi *retrospinta penale*, si serba una giusta proporzione; se il vero conseguimento di quel bene dipende anche dal trovarsi l' applicazione del castigo in armonia colla *suprema legge della salute della Repubblica*, sarà ovvio lo inferirne esser necessario il diminuire o rimettere la pena in ciascuno di questi tre casi, cioè 1.° quando nell' azione criminosa concorra una circostanza qualunque atta a diminuire il danno sociale: 2.° quando la condizione fisico-morale del delinquente renda in lui più energica che negli altri la dolorosa

impressione della pena, o ne renda inutile l'applicazione: 3.° quando l'applicazione della pena tuttochè giusta e corrispondente al delitto apporterebbe nella specialità delle circostanze più danno che vantaggio al civile consorzio. Nel primo caso è d'uopo diminuire la pena, perchè sarebbe contro giustizia il punire il delinquente al di là di quanto è necessario a riparare il danno sociale, ossia a ridonare ai cittadini la sicurezza; nel secondo è d'uopo diminuirla o rimetterla; *diminuirla* quando la condizione del delinquente fosse tale, che cinque gradi, per esempio, di pena facessero in lui l'effetto impressivo che in altri farebbero dieci gradi, per evitare che in parità di circostanze egli sia punito più (il che ripugna alla giustizia) di tutti gli altri cittadini; *rimetterla* quando il delinquente pel suo stato morale non fosse in grado di comprenderne la inflizione; nel terzo è d'uopo lenire o rimettere del tutto il castigo, perchè il bene, che apporta una misura politica non è più tale quando un male di grave entità ne assorbe o distrugge tutto il vantaggio. Diciamo poi qui *lenire o rimettere il castigo*, perchè le straordinarie circostanze, che talvolta ostano all'inflizione della pena, ora la vogliono rimossa del tutto, ora ne comportano la parziale applicazione, e a questa, potendo, si dee far luogo per lo principio di procurar sempre due vantaggi sociali, quando essi sono fra loro conciliabili. — Ma qual sarà il nome da attribuirsi a queste tre categorie di cause?

Quelle della prima categoria debbono chiamarsi *cause intrinseche derivanti dalla natura del delitto*, quelle della seconda *cause intrinseche derivanti dalla natura della pena*; quelle della terza *cause estrinseche*, attesa la loro derivazione da motivi affatto estranei sì alla spinta criminosa che alla retrospinta penale.

§. II.

Le cause intrinseche di diminuire la pena derivanti dalla natura della offesa sociale sono sette, cioè la *colpa*, la *coazione impropria*, l'*impeto degli affetti*, l'*età*, l'*ebbrezza*, il

conato, l'*essere stato mero delinquente accessorio in un delitto*. Avendo di ciascuna di esse trattato estesamente nel primo libro, rimetto al medesimo i miei Lettori, per non incorrere in inutili ripetizioni. Solo ad imitazione del Carmignani tratterò qui la questione se per la colpa specialmente lata si possa far luogo all'applicazione d'una pena afflittiva.

Fra i Prammatici la maggior parte opinarono, che fosse costante principio del Dritto romano di applicare la sola pena pecuniaria alle azioni delittuose commesse per colpa, ed i più avveduti aggiunsero, che quei testi i quali sembrano stabilire una diversa massima debbano aversi in conto di particolari eccezioni, come allorquando taluno propinando il poculo amatorio cagiona la morte di colui nel quale presumeva di suscitare l'amore, caso contemplato dalla *legge 38. ff. de poenis* e punito coll'estremo supplizio. Di questa opinione fu anche il De-Ferrante, che arricchì di utili note gli Elementi del Renazzi. Quest'autore però discorde dal suo Commentatore senza occuparsi di alcuna indagine sullo spirito delle leggi romane opinò doversi punire con pena corporea la colpa lata, adducendo l'argomento, a dir vero non molto logico, che *poco dista dal dolo chi delinque per lata colpa*, e adornandolo coi due comuni esempj del custode, che per incuria lascia fuggire il reo, e del giudice che per somma imperizia condanna l'innocente. Anton Matteo adottò l'opinione che la colpa lata dovesse ai termini del romano Diritto punirsi con pena corporale, e addusse in prova sei leggi di cui in breve ci occuperemo. Finalmente il Professor Nani nelle sue annotazioni all'opera del detto Interprete accuratamente osservò, che alla colpa lata conviene bensì la pena corporale, ma presa però nella classe delle *correzionali*, e che tale è lo spirito della romana legislazione su questo argomento, se si eccettua unicamente il caso in cui il delinquente astretto dal proprio officio ad usare una somma diligenza avesse invece agito trascuratamente. Questa fu anche l'opinione del Carmignani, e noi ci proponiamo di dimostrare che essa concorda ad un tempo col *diritto costituito* e col *diritto costituendo*.

Per cominciare dal primo prendiamo sott' occhio le leggi citate da Anton Matteo. Esse sono le seguenti. La *leg. 3. §. 1. ff. de offic. praef. vigil.* così espressa: » Et quia plerumque » incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castigat » eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlo- » cutione comminatus fustium castigationem remittit ». La *leg. 9. qui aedes ff. de incend. ruin. naufr.* » Qui aedes acervumve » frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus, verbe- » ratus igni necari jubetur: si modo sciens, prudensque id » commiserit: si vero casu, id est negligentia, aut noxiam » sarcire jubetur, aut si minus idoneus sit, levius castiga- » tur » La *leg. 2. in fin. ff. de termin. mot.* » Quod si per » ignorantiam, aut fortuito lapides furati sunt (e qui Gotofredo per la retta intelligenza del testo aggiunge sull' autorità di Ulpiano *usus causa scilicet*) sufficiet eos verberibus deci- » dere » La *leg. 3. §. adjutio ff. ad legem Corneliam de sicariis.* » Sed ex Senatusconsulto relegari jussa est ea, quae » non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum » ad conceptionem dedit, ex quo ea, quae acceperat, deces- » serit » La *leg. 38. §. qui abortionis ff. de poenis* già da » noi riportata alla pag. 246. Finalmente la *leg. 4. cod. de custodia reorum*, ove si stabilisce che accadendo la fuga di un reo dalle carceri, il custode di esse debba subire la pena a cui sarebbe andato soggetto il reo medesimo. Vediamo ora lo spirito di queste leggi.

La prima e la terza ci presentano l' esempio della colpa punita con pena correzionale, poichè la fustigazione, come vedremo a suo luogo, era appunto presso i Romani una correzionale punizione. La seconda parrebbe a primo aspetto convalidare l' opinione di coloro che vogliono repressa la colpa con mera pena pecuniaria, poichè in essa viene condannato al solo risarcimento de' danni quello il quale *casu, id est negligentia,* incendiò un edificio, oppure un mucchio di frumento. Ma se, ricorrendo ai principj dell' arte ermeneutica, si porrà a confronto la citata legge colla successiva *leg. 11.* dello stesso titolo così espressa » Si fortuito incendium factum sit, venia

» indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuriae, aut dolo sit » proxima » si vedrà che il testo *qui aedes* volle con quella parola *negligentia* alludere alla colpa lieve o lievissima, ed allora non è meraviglia che sorga la sola azione civile per lo risarcimento de' danni, essendo siffatto principio consentaneo al diritto costituendo, come avvertimmo fin dalla pagina 84. Restano la quarta, quinta e sesta delle citate leggi, ove si viene a statuire una pena più che correzionale, lo che parrebbe a primo aspetto distruggere il nostro principio. Ma in quanto alla 4. e 5. è d' uopo riflettere che ivi si contemplano azioni vietate commesse colla coscienza appunto di violare la legge proibitiva, cioè con dolo. Difatti il propinare i poculi amatorj, abortivi, o di concezione è vietato dalla legge, poichè quest'uso, conseguenza di radicati pregiudizj, espone l' umana salute ai più funesti effetti. Sia pur vero che il propinante non volesse la morte di quello o quella cui porse il poculo amatorio, abortivo o di concezione: volle però un'azione vietata dalla legge, e perciò il di lui operato fu nella sua radice *doloso* sebbene nel suo effetto possa e debba riguardarsi come *colposo*. Sarebbe appunto il caso contemplato nel criminale aforismo — *is qui dat operam rei illicitae tenetur de delicto subsecuto* (1). Niuna meraviglia adunque se le citate due leggi statuiscono una pena d' indole terrifica e non meramente correzionale, subito che il principio dell' azione ci presenta il dolo, che è ben diverso dalla colpa lata.

Finalmente l' ultima delle citate leggi mi porge occasione di sviluppare un' importante teoria, di cui diedi un cenno di volo nella pag. 238. Quando una persona rivestita per legge civile di un officio è tenuta per le attribuzioni inerenti all' officio stesso di agire e pel bene pubblico in un dato modo e rimane nell' inazione o si astiene da quella diligenza che il suo ministero gli prescriveva, non può questa sua azione negativa essere riguardata come meramente colposa, ma deve conside-

(1) Per la retta applicazione di quest' aforismo veggasi quanto avverto nel susseguente capitolo §. 1. numero VII.

rarsi come dolosa. A persuaderci di questa verità giova il richiamare la vera indole della colpa. Essa consiste in una volontaria ommissione di diligenza, per cui l'uomo nell'agire si avventura incautamente a quegli effetti, che dalla sua azione derivar possono, contrarii alla legge. Essa presuppone nello agente colposo una sconsigliata fiducia, che dalla propria azione od omissione non derivi alcun danno. Vediamo ora se questa sconsigliata fiducia può presumersi in una persona obligata dal suo ufficio ad agire in un determinato modo. Tu sai il dovere che la legge ti ha imposto: tu sai che dalla inosservanza di esso deriva necessariamente un disordine, e il devi sapere, poichè se il tuo ufficio non contribuisse al buon ordine sociale, non esisterebbe neppure. Dunque come concepire che tu ti sia confidato che niuna funesta conseguenza sarebbe derivata dalla tua inazione? Per credere ciò converrebbe supporre che tu ignorassi l'indole il fine e gli effetti del tuo ministero, lo che non può presumersi giammai. Il perchè nè il carceriere che trascurando la custodia lasciò fuggire il prigioniero, nè il giudice che trasandando il pieno studio degli atti condannò l'innocente, nè il Preside, che non represse un tumulto popolare sorto nella città da lui governata mentre aveva ai suoi cenni la forza opportuna a reprimerlo, possono farsi scudo della qualità attenuante di colpa, ed incorrono in una pena strettamente criminale. Ma ciò non forma difficoltà alla regola del professor Nani da noi abbracciata.

Vediamo ora la cosa giusta i principj del diritto costituendo. Dicemmo (pag. 82.) che il dolo presenta una *volontà viziosa*, che si propone un fine victato dalla legge, la colpa una *volontà oscitante*, che si avventura ad un'azione pericolosa senza farsi carico dei funesti effetti. Dal primo deriva veramente il danno sociale, ossia quell'apprensione, per cui i cittadini si sentono alla notizia d'un delitto minacciati nei loro beni o diritti: dalla seconda esso non deriva. Nel punire l'azione dolosa si tratta di vincere coll'impressione del dolore la concupiscenza dell'uomo, che si propone di conseguire un piacere col sacrificio del suo simile; nel punire

l' azione colposa si tende ad ammonire i cittadini, perchè siano più circospetti nell' agire. La pena adunque nel primo caso deve, servate le debite proporzioni, avere quei gradi di forza che siano efficaci a vincere la volontà viziosa, gradi non necessarii nel secondo caso. Dunque la pena per le azioni colpose deve discendere a quella mitezza, che è propria del magistero *correzionale*; ed ecco dimostrato, che il diritto costituendo armonizza su questo tema col diritto costituito.

Giova qui lo avvertire, che nel tema della punibilità delle azioni colpose andrebbe errato chi credesse potersi prescindere dallo aforismo legale — *nulla poena sine lege. Kleinschrod Cenni sopra l' essenza e la punizione dei delitti colposi.* Vogliam dire, che dall' essere un delitto, il quale sempre presuppone il dolo, colpito nel codice da una penale sanzione, mal si dedurrebbe, che il corrispondente quasi-delitto possa punirsi diminuendo di alcuni gradi la pena minacciata pel caso di dolo. Ogni buona legislazione specifica i casi, nei quali le azioni dannose alla società soggiacciono a sanzione penale, tuttochè commesse con colpa. E noi a suo luogo vedremo, come le due legislazioni Gregoriana e Leopoldina abbiano minacciato di pena gli omicidii colposi, i ferimenti colposi, gl'incendii colposi ec. Perciò ove tace la legge, non può farsi luogo a pena per la colpa. Il toscano Legislatore volle, che questo importante principio si vedesse scritto in fronte al suo Codice. Egli così si esprime — *art. 35. Le violazioni colpose della legge penale non sono imputabili, che quando la legge medesima le ha espressamente minacciate di pena.* —

§. III.

Le cause di diminuire la pena dedotte dall'intrinseca natura della penale sanzione sono sei: l' *età*, il *sesso*, l' *infermità*, il *diuturno reato*, il *concorso di più pene*, il *furore sopravveniente*.

I. Non rechi meraviglia il vedere che l' età collocata già fra le cause enumerate nell' antecedente §. torni a figurare in

questa classe. L' età puerile appartiene unicamente alle cause nascenti dall' intrinseca natura del delitto, poichè il motivo, onde per essa si allevia la pena quando l' impubere sia giunto a quell' età, in cui la legge lo considera suscettivo d' imputazione, o sia dichiarato aver egli agito con discernimento, è tutto relativo all' indole del delitto, la cui piena responsabilità presuppone uno stato morale, che non trovasi nell' impubere (1). L' età minorile può appartenere sì alla prima che alla seconda classe: appartiene alla prima se si considera come causa, per la quale nei minori sono più veementi i moti dello sdegno, è più limitata la esperienza, è più difficile il trionfo sulle passioni; appartiene alla seconda se si considera come causa, che consiglia ad esimere i minori dalla pena capitale e ad alleviar loro le pene prossime a quella per non urtare la sensibilità del pubblico, nel quale facilmente si eccita, alla vista di severi castighi applicati al minorenne, un senso di riprovazione. Finalmente la decrepitezza appartiene anch' essa sì alla prima classe, che alla seconda: alla prima quando si rimette la pena al vecchio perchè rimbambito, alla seconda quando gli viene commutata la pena o per non offendere quel delicato senso di umanità che forma il carattere delle odierne Nazioni Europee, come è presso noi prescritto dall' *art. 32. del regolamento penale*, che vieta di applicare al settuagenario la pena di morte, o perchè la pena stessa diverrebbe a lui troppo dura per la debilitazione delle forze fisiche. *Art. 31. dello stesso regolamento.* Ecco dunque che con ragione abbiamo collocata l' età sì nella prima che nella seconda serie delle cause che ci occupano.

(1) Non parliamo qui dell' età infantile, perchè negl' infanti manca anche la imputabilità morale, e perciò non è questione per essi di togliere o rimettere la pena, ma bensì di deficienza assoluta di ogni diritto a punire. — Per la stessa ragione non abbiamo collocato in questo capitolo nè il sonnambolismo, nè la sordo-mutezza, nè l' errore essenziale ed invincibile, nè la coazione propria, nè la demenza contemporanea all' azione.

II. Molti scrittori annoverano il sesso femmineo fra le cause di alleggerire la pena nascenti dall' intrinseca natura del delitto. Crederemmo pertanto mancare di esattezza ove prima di tutto non anteponessimo la questione, se il sesso femmineo influisca o no sulla entità politica del delitto. Vediamo primamente che cosa ci presentano in proposito le leggi romane.

Nella *leg. 6. ff. ad legem Juliam peculatus* rimane stabilito, che il Proconsole debba fissare la pena del sacrilegio o con più di severità o con più di clemenza in ragione della condizione del reo, del tempo, dell' età e del sesso. L' acerbissima legge d' Arcadio e di Onorio contro i ribelli, che è la *quinta* del tit. VIII. lib. IX. del codice, dopo avere con inaudita ingiustizia statuite le pene d' infamia e perpetua miseria contro i figli de' perduelli, limita la pena delle figlie ammettendole a partecipare dell' asse materno nella misura però della sola falcidia, e giustifica questa pretesa generosità coll' argomento che per l' infermità del sesso saranno per osare meno a danno del trono. Finalmente la *leg. 38. §. 1. e 2. ff. ad leg. Jul. de adulteriis* stabilisce, che la femmina sia scusata dal delitto d' incesto quando trattisi di quel grado di cognazione o affinità in cui il solo diritto civile proibisce le nozze. A queste leggi non credo doversi aggiungere la *Nov. 134. cap. X.* di Giustiniano, ove questo Imperatore confermando la pena di morte contro l' adultero limita quella dell' adultera alla fustigazione ed al carcere monastico, poichè sono persuaso col Romagnosi che — *quando parlasi delle leggi romane si hanno da escludere i capricci del palazzo di Costantinopoli* (1). Ora io domando: può trarsi dalle accennate leggi un argomento per credere che i Giureconsulti romani opinassero influire il sesso femmineo sulla natura intrinseca del delitto? No certamente. Difatti in quanto alla prima chiunque consideri, che la pena del sacrilegio era presso i Romani sì atroce, che giungeva persino alla esposizione alle fiere od all' arsione

(1) Articolo sull' opera di Alberto de Simoni intitolata *dei delitti di mero affetto* riportato nel numero 104. della Biblioteca Italiana.

(*citata leg. 6. digestis ad legem Juliam peculatus*), non esiterà a credere, che la facoltà data al Proconsole di temperare la pena del sacrilegio anche a riguardo del sesso fosse suggerita o dai riguardi di decenza, o dal riflesso della maggiore sensibilità della donna. In quanto alla seconda, in essa non si tratta certo di punire un delitto. Qual colpa è mai l'esser nato figlio o figlia d'un ribelle? Abbia pure la stolta tirannia d'un pessimo Ministro, il vile Eutropio, suggerito agli imperadori Arcadio ed Onorio di punire nei figli i delitti paterni; abbia pur egli nella sua ferina rabbia non risparmiate neppur le figlie, affettando clemenza per aver loro lasciata la falcidia sui beni materni, sarà sempre questo un caso estraneo alla nostra questione, perchè noi disputiamo delle cause attenuanti i delitti, e non di quelle immaginarie colpe, che le più mostruose aberrazioni del cervello umano possono avere escogitate. In quanto alla terza, essa non dichiara, che il sesso femmineo sia causa attenuante il delitto, ma esonera da ogni pena la donna se commette l'incesto in quel grado di cognazione, nel quale il matrimonio è vietato non dalla legge naturale, ma dal solo diritto civile. Perchè ciò? Per la presunzione che la donna ignori questo diritto. A che dunque si riduce quella dottrina? A confermare, che non v'è delitto quando manca un elemento del dolo, *la coscienza di violare la legge*. Ciò nulla ha che fare colla nostra disputa. Che se fosse debito il parlare anche della citata *Novella* di Giustiniano, dirci con non pochi illustri Storici, ch'essa deve annoverarsi fra le insulse disposizioni a cui quell'Imperadore s'indusse per la sua vile condiscendenza a Teodora. Parmi dopo ciò di potere a ragione conchiudere non essere stata massima de' romani Giureconsulti che il sesso femmineo influisse nell'intrinseca natura del delitto. Ma che insegnarono gli Scrittori di cose criminali su quest'argomento?

Il Tiraquello nelle sue *LXIV. cause di diminuire la pena* annovera ancora il sesso femmineo e reca in appoggio l'autorità di S. Tommaso, che opinò concorrere in parità di caso minor peccato nella donna di quel che sia nell'uomo, attesa

la minore di lei perfezione a confronto del sesso virile. Checchè ne sia di questa opinione, essa allude alla malizia che vedemmo essere di esclusiva competenza del Moralista (§. III. Cap. IV. Lib. I.), e perciò non sarebbe mai un valido argomento per fondare una massima di Diritto politico-naturale. Diversamente dal Tiraquello la pensò il dotto Spagnuolo Matheu y Sanz, del quale mi piace riportare quattro argomenti, ommessi gli altri per amore di brevità, cioè 1.° che la femmina è scusata ne' casi di dolo presunto e non in quelli di dolo vero, lo che deve intendersi nel senso del Carmignani cioè che è scusata nelle specie colpose e non nelle specie dolose: 2.° che i Romani nelle sanzioni penali non facevano differenza fra i due sessi, come apparisce dalla *leg. 15. Dig. de liberali causa* e da altre: 3.° che la *leg. Sacrilegii Dig. ad leg. Jul. peculatus* non favorisce l'assunto de' fautori delle femmine sia perchè il riguardo al sesso in essa prescritto deve intendersi nel senso di esimer la donna dalla condanna alle fiere, sia perchè si trattava di un delitto la cui punizione era rimessa all'arbitrio del Giudice: 4.° che nella donna ravvisasi in parità di caso lo stesso interesse o propensione a delinquere, e in qualche caso anche maggiore, come nel delitto di veneficio, delitto che giusta lo statuto di Valenza riferito da questo autore era punito più severamente nelle femmine che ne' maschi, cioè nelle prime col fuoco, ne' secondi col laccio.

Fra i moderni Renazzi sta per la minorazione delle pene alle femmine, dicendo che per la debolezza del loro sistema organico devono necessariamente scarseggiare di consiglio e di vigore di animo, ma dalla massima generale esclude quelle donne che ad esempio di Livia rinunciassero ad ogni principio di moralità e si bruttassero de' più nefandi delitti. Finalmente il Carmignani appoggiato all'autorità di Cabanis ci vorrebbe persuadere che gli organi della generazione hanno molta influenza sull'economia dell'umana intelligenza, che nelle donne la midolla cerebrotica è più molle che ne' maschi, che in conseguenza più deboli sono in esse le forze dello spirito, più deboli i mezzi destinati dalla natura all'acquisto delle idee;

dalle quali cose tutte deduce essere meno punibile il delitto della femmina di quello del maschio. Noi soliti a rispettare tutti, ma non ad abbracciare ciecamente le altrui opinioni, confessiamo che nelle cose fin qui esposte non ravvisiamo argomenti abbastanza solidi per indurci a credere che il sesso femmineo influisca sulla morale natura del delitto. Ed in verità sussista pure una debolezza di sistema organico nelle femmine, siano pure in esse più deboli i mezzi destinati all'acquisto delle idee (lo che poniamo senz'ammettere), ciò giustificherà ottimamente quelle sanzioni del Diritto civile, che prescrivono cautele ai contratti delle donne. Ma che questa pretesa debolezza d'intelletto della femmina possa impedirle di conoscere la disconvenienza che passa fra i delitti di commissione e la legge proibitiva che li vieta, mentre questo rapporto di disconvenienza non esige il benchè minimo sforzo d'ingegno per essere compreso, questo è ciò che non sappiamo persuadere a noi stessi. Noi avvertimmo fin dalla pag. 181. che la donna può essere scusata ne' delitti di ommissione e di leggiere trasgressioni di polizia, poichè l'ignoranza della legge *imperativa* e di polizia è di una possibilità prossima nella femmina, ed è forza tor via la pena quando avvi pericolo, ch'essa sia ingiusta. Ma l'ignoranza delle leggi *proibitive*, e particolarmente di quelle che costituiscono la tutela de' primarj diritti dell'uomo cittadino, non è concepibile nella femmina come non la sarebbe nell'Ottentotto, nel Cannibale. Non vediamo adunque fin qui una ragione politica per diminuire la pena alle azioni criminose della donna.

Ma se questa ragione non esiste nell'aspetto della spinta che trae gli uomini a delinquere, essa ravvisasi però nell'opposto aspetto della controspinta penale. Quella debolezza, o a meglio dire delicatezza, di fibre propria del sesso femmineo, che vedemmo addursi da taluni per derivarne una illegittima conseguenza, ci persuade che nella donna vi deve essere una maggiore sensibilità, una maggiore passibilità, ed in conseguenza deve eccitarsi in lei una maggiore perturbazione alla vista del male sia fisico sia morale in cui consiste la pena.

Niun dubbio adunque che sarà più energica e più efficace in essa la controspinta penale, e che perciò la pena ordinaria diminuita di un grado eserciterà generalmente parlando sul cuor della donna la stessa impressione repulsiva, che esercita sul cuor dell'uomo la pena consueta. Questa verità venne compresa ed espressa dal dotto Interprete Anton Matteo in questi termini — *aliquo lenius agendum cum muliere propter infirmitatem tum corporis, tum animi, atque consilii. Qua animi infirmitate fit, ut quemadmodum facile labitur, ita etiam facilius poenae cogitatio a peccando eam absterreat* (1). — Noi dunque crediamo di essere stati fedeli alla retta classazione delle idee col collocare il sesso femmineo nella seconda serie delle cause attenuanti la pena.

Il codice toscano ha una sola sanzione riferibile a questo tema, cioè quella contenuta nel §. 2. dell'articolo 19. così espressa — *Le condannate all'ergastolo non portano l'anello al piede.* — Il §. 1. dello stesso articolo destina separati locali alle donne per l'espiazione delle pene restrittive, lo che è estraneo al nostro attuale argomento, come estraneo è l'articolo 30. del Regolamento Gregoriano, ove si dice, che la galera, pena fisicamente inapplicabile alle donne, si converte per esse in lavori forzati nel luogo di reclusione.

III. L'infermità del reo rendendo la di lui macchina corporea più sensibile al dolore presenta una giusta causa di alleggerire la pena sì perchè in conseguenza di essa l'effetto del dolore inerente alla penale sanzione diviene più vivo non solo in chi lo soffre, ma anche in chi lo vede soffrire, sì perchè il non mitigare la pena in favore dell'infermo potrebbe eccitare ne' spettatori la compassione, sentimento cotanto pernicioso al pubblico esempio. Gli interpreti del diritto romano trovando sanzionata da Giustiniano nella *Novella 134. cap. ult.* la pena della recisione di una mano insegnarono che qualora il reo si trovasse per infermità col libero uso di una sola mano non dovesse questa reciderglisi ma bensì la pena avesse ad

(1) Ad lib. XLVIII. Dig. Tit. XVIII. cap. IV. §. 21.

essergli commutata in altra. Abolita in oggi la pena della mutilazione come inumana e impolitica, la detta teoria non rimane se non come argomento di analogia per giudicare di tutti gli altri casi, in cui l'infermità del reo può dar luogo all'alleviamento della pena.

IV. La diuturnità del reato è indicata come causa di alleviare la pena nella *leg. 25. Dig. de poenis* così concepita — *Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena ejus sublevanda erit.* Questa legge peraltro malgrado la sua chiarezza ha fatto sorgere varie interpretazioni. Alcuni ampliandone il significato insegnarono esser causa di diminuzione di pena il tempo qualunque decorso dal delitto al castigo: (lo che sebben fosse vero non deriverebbe mai dal contesto della citata legge): altri, come Anton Matteo, restringendolo pretesero, che il solo diuturno squallore del carcere fosse giusta causa di mitigar la pena al colpevole. Fra queste due opinioni avvene una di mezzo più conforme al diritto costituito e ai principj della scienza, cioè che il tempo trascorso fra l'accusa e la condanna, sia stato o no il reo carcerato, costituisca una giusta causa di alleviamento di pena. Dissi più conforme al diritto costituito, perchè il vocabolo *reato*, come avverte il Gotofredo commentando la *leg. ult. ff. ad legem Juliam majestatis*, significa lo stato la condizione di reo sia questi bene o male accusato. Dunque ai termini del diritto romano non è necessario che uno sia rimasto lungamente in carcere perchè gli venga mitigata la pena, ma basterà che sia rimasto lungo tempo nel reato, cioè che dall'accusa alla pena sia trascorso un tempo notabile. In quanto ai principj della scienza niuno ignora che l'uomo accusato di un delitto cade tosto in uno stato di angustia e di timore che l'obliga ad abbandonare i patrii lari, i congiunti, a rendersi ramingo, a cercare in lontani luoghi una precaria sicurezza, e quando anche non soffrisse che un mero timore non accompagnato dagli incomodi della vita raminga, non cesserebbe ciò d'essere per lui un dolore e quindi una pena. Ora se a quello che rimase lungamente nel reato si applicasse la stessa pena che

infliggesi a colui, il cui processo ebbe sollecito termine, ne verrebbe l'assurdo che al primo applicherebbesi la pena giusta *più* un' altra pena, lo che ripugna alla giustizia. Ecco perchè ci piacque di adottare una media opinione. In quanto poi ai sostenitori dell' interpretazione più indulgente basti a loro confutazione il riflettere che se il delitto rimane occulto per molti mesi o per anni, non si verifica il timore, non il dolore di sopra accennato, e perciò non esiste questo motivo di alleviamento di pena.

Non parlo poi della *leg. 23. cod. de poenis*, ove si stabilisce che quello il quale ha espiato nel carcere il tempo destinato al suo esilio non venga portato al luogo di pena, ma sia dimesso dalla custodia, nè della *leg. 21. cod. eodem* ove si dispone che espiatosi dal reo il tempo dell' esilio venga ridonato alla primiera libertà, poichè la prima contempla il carcere sofferto dopo la sentenza, la seconda quello che potrebbe il reo ingiustamente soffrire dopo l' espiata condanna, e perciò nè l' una nè l' altra fanno a proposito del diuturno reato.

La Gregoriana legislazione stabilisce nell' *art.* 29. del regolamento 20. settembre 1832. che — *la carcerazione che eccede tre mesi deve essere considerata per comprenderla nella durata della pena, qualora si tratta di pena temporanea.* — In conseguenza di quest' articolo molti tribunali stando strettamente alla lettera della legge cominciano a computare la pena del reo dal *novantesimoprimo giorno* della sua carcerazione; ma sarebbe forse meglio implorare dal Legislatore uno schiarimento per averne facoltà a dedurre dalla pena de' rei la totale carcerazione, mentre non vedesi il perchè non abbiano a detrarsi a favor del reo anche i primi tre mesi, quasi che questi non avessero recato al medesimo veruna afflizione (1).

Il Codice toscano ha seguito i principj della legge ponti-

(1) Chi volesse dire che i tre primi mesi non debbano scomputarsi, perchè la *legge* 25. *Dig. de poenis* usa l' espressione *diutino* converrebbe che prima dimostrasse essere in obligo gli odierni Legislatori di seguire meccanicamente anche le paroluzze del Diritto romano.

ficia su questo argomento. Esso nell' art. 69. dichiara, che il tempo d'una custodia illegale o d'un prolungamento di custodia legale deve detrarsi dalla pena restrittiva relativamente determinata, alla quale venga poi condannato il colpevole. Spiega poi nell' art. 70., che cosa debba intendersi per *prolungamento di custodia legale.* Esso si verifica quando la custodia eccede *sei mesi* nelle cause spettanti alla giurisdizione delle corti regie, o *tre mesi* nelle cause spettanti alla cognizione dei tribunali di prima istanza, o finalmente *cinque giorni* nelle cause spettanti alla cognizione de' tribunali minori.

V. Una questione intrigata e dibattuta fra i scrittori è quella del concorso di più pene. Per l' esattezza delle idee avvertiamo prima di tutto che in tre casi si può verificare il concorso di più pene a carico di un reo, cioè 1. se la legge pel medesimo delitto ha stabilito più pene: 2. se il reo con un solo fatto ha violato più leggi 3. se il reo ha commessi più delitti.

1. Nel primo caso niun dubbio che il reo deve subire le due o più pene stabilite. Nè credasi per avventura che lo statuire più pene contro un solo delitto ripugni ad alcun principio della politica, mentre invece questa cumulazione di pene può essere talvolta consigliata dal gran principio di vincere la spinta criminosa de' malvagi, e di graduare il più che sia possibile le controspinte penali. Per esempio, l' *art.* 244. del Regolamento 20. Settembre 1832. stabilisce che *i venditori di bevande* o *commestibili*, *i quali introducono in essi delle materie atte a nuocere gravemente alla salute umana*, *siano puniti coll' opera pubblica da uno ai tre anni*, *e colla multa dai trenta scudi ai trecento*. Questa riunione di due pene una afflittiva l' altra pecuniaria è bene intesa. La causa movente al delitto di cui trattasi è l' avidità del lucro: per vincerla è d' uopo minacciare una pena pecuniaria, poichè questa esercita un forte impero su quelli che hanno sete di guadagno; ma siccome taluno, animato dalla lusinga che rimanga occulto il delitto, potrebbe arrischiare cento per guadagnare il duplo o più, così la riunione della pena afflittiva viene in soccorso

della pecuniaria per intimorire chi presumesse fare una specie di scommessa colla legislativa sanzione.

2. Concorrono in secondo luogo più pene a carico di un reo quando egli con un sol fatto ha violato più leggi. Ciò si verificava 1.° nel sistema accusatorio de' Romani, giusta il quale si credette conveniente di sottoporre una sola azione criminosa a più leggi, perchè fosse più ampia la facoltà d'accusare: 2.° sotto l'impero delle leggi statutarie (cessate quasi dappertutto col sorgere del presente secolo), le quali proibivano azioni già colpite dal Diritto comune. Si verifica anche in oggi 3.° quando il fatto contiene più delitti: 4.° quando contiene un sol crimine, tale però che assuma due titoli in faccia alla legge, come per esempio l'incesto commesso con una donna coniugata, che è al tempo stesso anche adulterio. Nel primo caso era statuito dal Diritto romano, che scelta dall'accusatore una legge, giusta la quale intendeva d'accusare, non gli fosse più lecito far passaggio ad un'altra, perlocchè il reo subiva sempre una sola pena. *Leg. Senatus 14. Dig. de accusat.* (1). Nel secondo caso sembra che fosse massima dei Dottori di applicare ambedue le pene, poichè l'Anton Matteo portando l'esempio di chi esporta il grano in tempo che n'è proibita l'estrazione per venderlo ai nemici della patria, conchiude per ritenere l'esportatore punibile con due pene, cioè con quella propria della maestà lesa pel favore prestato ai nemici del suo Principe e colla pecuniaria propria dell'esportazione (2). Su di che peraltro si potrebbe osservare che venendo in concorso una pena gravissima quale è quella del crimenlese con una pecuniaria, l'effetto della prima è talmente *impressivo* da rendere inutile e perciò inapplicabile la seconda. Nel terzo caso deve ingiungersi la pena di ciascun delitto. Così se il rapitore nel trarre la donzella dal tetto domestico trova resistenza ne' congiunti di lei e li ferisce, non può non esser punito colla doppia pena del ratto e del feri-

(1) Ant. Matth. ad lib. 48. Dig. Tit. 13. cap. 3. num. 4.
(2) Ad lib. 48. Dig. tit. 20. cap. 4. num. 10.

ficia su questo argomento. Esso nell' art. 69. dichiara, che il tempo d' una custodia illegale o d'un prolungamento di custodia legale deve detrarsi dalla pena restrittiva relativamente determinata, alla quale venga poi condannato il colpevole. Spiega poi nell' art. 70., che cosa debba intendersi per *prolungamento di custodia legale*. Esso si verifica quando la custodia eccede *sei mesi* nelle cause spettanti alla giurisdizione delle corti regie, o *tre mesi* nelle cause spettanti alla cognizione dei tribunali di prima istanza, o finalmente *cinque giorni* nelle cause spettanti alla cognizione de' tribunali minori.

V. Una questione intrigata e dibattuta fra i scrittori è quella del concorso di più pene. Per l' esattezza delle idee avvertiamo prima di tutto che in tre casi si può verificare il concorso di più pene a carico di un reo, cioè 1. se la legge pel medesimo delitto ha stabilito più pene: 2. se il reo con un solo fatto ha violato più leggi 3. se il reo ha commessi più delitti.

1. Nel primo caso niun dubbio che il reo deve subire le due o più pene stabilite. Nè credasi per avventura che lo statuire più pene contro un solo delitto ripugni ad alcun principio della politica, mentre invece questa cumulazione di pene può essere talvolta consigliata dal gran principio di vincere la spinta criminosa de' malvagi, e di graduare il più che sia possibile le controspinte penali. Per esempio, l' *art. 244.* del Regolamento 20. Settembre 1832. stabilisce che *i venditori di bevande o commestibili, i quali introducono in essi delle materie atte a nuocere gravemente alla salute umana, siano puniti coll' opera pubblica da uno ai tre anni, e colla multa dai trenta scudi ai trecento.* Questa riunione di due pene una afflittiva l' altra pecuniaria è bene intesa. La causa movente al delitto di cui trattasi è l' avidità del lucro: per vincerla è d' uopo minacciare una pena pecuniaria, poichè questa esercita un forte impero su quelli che hanno sete di guadagno; ma siccome taluno, animato dalla lusinga che rimanga occulto il delitto, potrebbe arrischiare cento per guadagnare il duplo o più, così la riunione della pena afflittiva viene in soccorso

della pecuniaria per intimorire chi presumesse fare una specie di scommessa colla legislativa sanzione.

2. Concorrono in secondo luogo più pene a carico di un reo quando egli con un sol fatto ha violato più leggi. Ciò si verificava 1.° nel sistema accusatorio de' Romani, giusta il quale si credette conveniente di sottoporre una sola azione criminosa a più leggi, perchè fosse più ampia la facoltà d'accusare: 2.° sotto l'impero delle leggi statutarie (cessate quasi dappertutto col sorgere del presente secolo), le quali proibivano azioni già colpite dal Diritto comune. Si verifica anche in oggi 3.° quando il fatto contiene più delitti: 4.° quando contiene un sol crimine, tale però che assuma due titoli in faccia alla legge, come per esempio l'incesto commesso con una donna conjugata, che è al tempo stesso anche adulterio. Nel primo caso era statuito dal Diritto romano, che scelta dall'accusatore una legge, giusta la quale intendeva d'accusare, non gli fosse più lecito far passaggio ad un'altra, perlocchè il reo subiva sempre una sola pena. *Leg. Senatus 14. Dig. de accusat.* (1). Nel secondo caso sembra che fosse massima dei Dottori di applicare ambedue le pene, poichè l'Anton Matteo portando l'esempio di chi esporta il grano in tempo che n'è proibita l'estrazione per venderlo ai nemici della patria, conchiude per ritenere l'esportatore punibile con due pene, cioè con quella propria della maestà lesa pel favore prestato ai nemici del suo Principe e colla pecuniaria propria dell'esportazione (2). Su di che peraltro si potrebbe osservare che venendo in concorso una pena gravissima quale è quella del crimenlese con una pecuniaria, l'effetto della prima è talmente *impressivo* da rendere inutile e perciò inapplicabile la seconda. Nel terzo caso deve ingiungersi la pena di ciascun delitto. Così se il rapitore nel trarre la donzella dal tetto domestico trova resistenza ne' congiunti di lei e li ferisce, non può non esser punito colla doppia pena del ratto e del feri-

(1) Ant. Matth. ad lib. 48. Dig. Tit. 13. cap. 3. num. 4.
(2) Ad lib. 48. Dig. tit. 20 cap. 4. num. 10.

mento, perchè il fatto di lui contiene due distinti e separati delitti. Fa d'uopo però in questa materia far uso di sana logica giurisprudenziale per ben discernere i veri casi, in cui concorrono in un sol fatto più delitti, da talune fattispecie, nelle quali sembra a primo aspetto, che concorrano due o più azioni criminose, mentre in realtà non ne concorre che una sola. Il feritore per esempio che in una rissa colpisce col ferro due o più corrissanti, il ladro che introdottosi in una locanda ruba l'un dopo l'altro due orologi spettanti a due diversi proprietarj, commettono un solo delitto. Imperocchè quando il fatto procede da una sola risoluzione criminosa, la moltiplicità degli atti non moltiplica il delitto, ma solo lo rende proporzionatamente più grave. In conformità di questa nostra dottrina sentenziò il Supremo Tribunale della S. Consulta nella *Morlupese di conato prossimo a ferita 18. Luglio 1843. contro Bernardino di Fano*, nella *Romana di borseggio, ferite ecc. 9. gennajo 1844. contro Giuseppe Parlamagna*, e finalmente nella *Viterbese di più delitti 21. Luglio 1846. contro Francesco Smargiassi.* Noi poi vedremo fra poco, che mentre il Regolamento Gregoriano fa uso su questo argomento di un linguaggio, che si presta all'applicazione della suesposta teoria, il Codice toscano si è espresso con termini sì chiari e precisi da convertire la teoria stessa in un inviolabile principio legislativo.

Nel quarto caso finalmente la pena del titolo minore deve ritenersi compenetrata in quella del titolo maggiore. Imperciocchè non può non presumersi che il legislatore abbia ben proporzionata la pena del delitto considerato ne' suoi più gravanti estremi, che costituiscono il maggior titolo, alla spinta criminosa onde gli uomini sono tratti a commetterlo; e quindi il cumulo di due pene porterebbe ad un eccesso inutile, e perciò ingiusto. In una parola il delitto è uno solo, la spinta criminosa una sola, e quella speciale circostanza, per cui il crimine viene ad assumer un titolo ulteriore, costituisce piuttosto una qualità gravante di quel che sia un delitto distinto e separato. Quindi è che in quei luoghi dove la legge accorda una latitudine ai Giudici nell'applicazione della pena, si può

aver ragione di siffatta qualità gravante per applicare nel più alto limite la sanzione penale, ma non sarà mai lecito il considerare come due delitti un solo fatto criminoso (1).

3. Quando il reo ha commesso più delitti separati, più astrusa è la questione sul concorso delle pene. Il chiarissimo Cremani opina che il reo debba sempre subire le pene tutte dei delitti commessi a meno che o si trattasse di più pene capitali ostando in tal caso la natura alla reiterazione, o una sola pena fosse atta ad ottenere il fine a cui tutte tendono, mentre in tal caso la maggiore deve assorbire la minore, affinchè la pena non offra l'esempio di una inutile crudeltà. Aggiunge inoltre l'illustre autore che adottandosi un diverso principio verrebbe a ledersi la sicurezza pubblica; imperciocchè un delinquente che avesse commesso un delitto maggiore facilmente si darebbe in braccio ad un minore quando sapesse che per questo secondo non si espone ad alcuna pena. Di opinione affatto diversa è il Professore pisano il quale osserva 1.° esser cosa assurda e troppo disonorante per l'umanità il supporre che un uomo delinqua pel solo motivo che non sarà per incontrare pel secondo fatto una maggior pena, il che è vero quando niuna altra causa impulsiva lo spinga a delin-

(1) La pratica ammessa dai nostri odierni costumi d'ingiungere alle persone sospette il precetto di viver bene ed onestamente con una determinata comminatoria fa nascere un *quinto caso* del concorso di due pene, di cui è opportuno il fare un cenno. Spesso avviene che il precettato commette un delitto, per cui incorre nella doppia pena propria dell'azione criminosa e del violato precetto. In tal caso se la pena ingiunta mediante quest'ultimo supera quella del delitto commesso deve applicarsi soltanto la prima. Imperciocchè (checchè ne sia della convenienza o disconvenienza di siffatti precetti) è indubitato che lo scopo di essi è quello di rattenere i precettati dal delinquere colla minaccia di essere puniti con maggior rigore. Ora questo scopo si ottiene quando essi subiscono una pena maggiore di quella in cui incorrerebbero per lo stesso fatto gli altri cittadini. In conformità di questa nostra opinione decise la S. Consulta nella *Rietina di contravvenzione a precetto* del 29. Gennajo 1836.

quere, ma non così quando un motivo impellente qualunque si congiunga colla speranza dell'impunità: 2.° che l'uomo già macchiato del delitto maggiore o è palese o è nascosto; nel primo caso la di lui cattura impedisce i minori delitti: nel secondo sarà interesse di lui l'astenersi dal minor delitto perchè non vengasi in cognizione del maggiore; dilemma ingegnoso ed umano ma non atto a convincere, perchè v'hanno talvolta de' rei contumaci, che vagando qua e là si sottraggono alle ricerche della giustizia e frattanto commettono nuovi delitti. 3.° che due principj l'uno di giustizia politica, l'altro di giustizia universale persuadono che nel caso di pene concorrenti la sola più grave deve applicarsi: un principio di politica, perchè lo spavento che incute la più grave comprende quello che incuterebbe la minore: un principio di giustizia, perchè, se si dovessero applicare tutte le pene concorrenti, le successive diverrebbero pel paziente più dolorose che per gli altri cittadini attesa la precedente applicazione delle altre pene. Fin qui il Carmignani, i cui argomenti non possono abbracciarsi senza molta limitazione e senza escludere principalmente le pene così dette *croniche*, poichè niuno certamente sosterrà che cinque anni di pubblici lavori, più tre anni della stessa pena, facciano la stessa impressione terrifica di cinque soli, e riguardo al secondo principio si potrebbe ritorcere l'argomento con dire che tre anni di opera pubblica per chi ne ha sofferti già cinque sono forse meno dolorosi atteso l'impero che la consuetudine esercita sull'uomo fino a renderlo coll'andar del tempo leggermente sensibile alla vita più incomoda e disagiata.

Come risolveremo noi dunque la questione? Noi diremo che il concorso di più pene contratte per mezzo di più azioni vietate dà luogo all'applicazione di una sola ne' seguenti due casi: 1.° quando una sola pena sia atta ad ottenere lo scopo a cui le altre tendono, come per esempio quando il reo avesse con un delitto meritata la morte o la galera perpetua e con un altro la fustigazione, nel qual caso il fustigarlo prima di ucciderlo o prima di mandarlo al luogo di perpetua schiavitù

sarebbe un' inutile atrocità: 2.° quando con una pena d'indole severa ed esemplare concorresse una pena propria del magistero correzionale, come per esempio se il reo con un delitto avesse meritata la pena di quindici anni di lavori forzati e con un quasi delitto quella di sei mesi o di un anno di detenzione, mentre o il reo è suscettibile d'essere emendato e ciò allora si ottiene mediante la di lui reclusione per quindici anni nella casa di lavoro; o non lo è, e in tal caso li sei mesi o l'anno di detenzione non possono produrre un effetto, che tre lustri di vita stentata, mitigata solo dai conforti, che l'istruzione religioso-morale può dare, non furono efficaci ad ottenere (1).

Il Regolamento Gregoriano 20. settembre 1833. contiene le seguenti disposizioni intorno alle pene concorrenti.

Art. 17. — *Quando in un' azione concorre più di un delitto, si applica la pena propria di ciascuno di essi.* Si notino bene le parole *quando concorre più di un delitto*. Dunque non quando concorrono più atti criminosi costituenti un solo delitto, come nelle fattispecie testè accennate decise dalla S. Consulta.

18. — *Chiunque dopo aver commesso un delitto ne commette altri o della stessa specie o di specie diversa senza essere stato processato o condannato legalmente pel precedente o precedenti, si rende colpevole di reiterazione, e perciò debbe essere sottoposto alle pene dalle leggi prescritte per tutti i delitti commessi.*

19. — *Che se le pene che il delinquente deve espiare fossero temporanee il massimo della pena non eccederà il periodo di anni 20. di galera.* Ecco il caso, in cui il concorso di più pene dà luogo all'alleviamento di esse.

20. = *Quando però uno o più delitti importassero per loro stessi la pena dei 20. anni, il colpevole è sottoposto allo aumento di altri cinque.* Questa regola ha luogo 1.° se il de-

(1) Ognuno comprende, che noi presupponiamo qui quel miglioramento nel sistema di espiazione delle pene, del quale si è tenuto discorso alle pagine 331. e 332.

linquente ha commessi due o più delitti punibili ciascuno colla galera di venti anni: 2.° se avendone commesso anche uno solo punibile con tal pena, l'altro od altri o cumulati od isolati traggono seco la pena di cinque anni di galera o più: non così se meritassero una pena minore.

Alle disposizioni di questi ultimi due articoli non può non tributarsi lode di sapienza legislativa. Allorchè un individuo commise più delitti meritevoli di pena temporanea, se si dovessero applicare tutte le pene concorrenti, la sanzione penale spesso si convertirebbe in perpetua schiavitù; imperocchè chi nella età, per esempio, di anni trenta avesse commessi in diverse circostanze cinque ferimenti punibili ciascuno con un decennio di lavori forzati, dovrebbe nella suddetta ipotesi condannarsi a cinquant'anni di tale pena; e siccome l'uomo ben di rado giunge al sedicesimo lustro di sua età, e non perviene neppure al quattordicesimo lustro quando abbia a trarre una stentata esistenza, qual'è quella che si mena dai forzati, la pena di cinquant'anni e fors'anche quella di quaranta o di trenta andrebbe a risolversi in perpetuità. D'altronde l'umano legislatore, il quale sa che l'estremo supplizio non può non riservarlo ai casi estremi e farne perciò il più parco uso che mai possa, sa pure che deve tenere in serbo la pena di schiavitù perpetua per quei gravi delitti, che senz'esser tali da meritar la pena di morte, sono però prossimi ai capitali. Ad ottenere quest'ultimo scopo erano indispensabili le suddette due legislative disposizioni, come era necessario lo stabilire, che in linea di aumento non si potesse mai dalla galera temporanea passare alla perpetua senza un'espressa disposizione di legge, al che provvide il nostro Legislatore coll'art. 62. dello stesso penale Regolamento. Nè a scemare il merito di sì sacrosanti principj varrebbe il dire, che il cumulo di quattro o cinque delitti mediocri equivalga nella bilancia della sicurezza sociale ad un delitto grave. Chi ciò asserisse, si mostrerebbe affatto digiuno della scienza politica. Oserreste mai paragonare la perturbazione, che nasce nell'animo de' cittadini all'udire la rapina, la grassazione, l'invasione a mano

armata in una casa campestre, a quella che si eccita nel considerare che un uomo in quattro o cinque distinte circostanze incorse nel delitto di ferimento, sia pur di qualche pericolo? Basta la più mediocre esperienza delle umane cose per persuadersi quanto i tre primi casi siano più gravi al confronto dell'ultimo, e quanto sia conforme alla giustizia sociale il serbare la pena perpetua a quelli, e non estenderla all'ultimo per non attenuarne, prodigandola, la virtù repressiva. — Ora proseguiamo.

Art. 23. — *Ove le pene d'applicarsi e cumularsi fossero diverse nella loro specie, dovrà prima espiarsi la più grave, e in seguito le minori.* Questa disposizione ha fondamento nella umanità e nella sana politica. Nella umanità, poichè il reo, passando dalla pena più grave alla più leggera, prova un sollievo che non sentirebbe se prima gli venisse applicata la più lieve: nella sana politica, poichè fra due o più pene concorrenti l'esempio più interessante alla pubblica sicurezza è quello, che risulta dalla più grave, e perciò non si deve, ritardandolo, scemarne l'effetto.

Notisi poi che pel concorso di qualunque numero di delitti meritevoli di pene croniche o perpetue non si può mai condannare alla morte giusta *l'art. 70.* del citato Regolamento così espresso = *L'ultimo supplizio non può essere mai aumento di pena* — Di questa disposizione umana e giustissima la ragione legislativa è sì chiara e sì affine alle riflessioni già da noi esposte parlando degli art. 19. e 20., che crederemmo far onta al senno dei lettori indicandola.

Il Codice toscano ha anch'esso varie disposizioni sul concorso di più pene, degne di somma lode.

Coll'art. 73. dichiara che — *tanto la pena di morte, quanto la pena dell'ergastolo,* (essa è sempre perpetua) *assorbisce tutte le pene concorrenti, eccetto la multa e la confisca di oggetti determinati dalla legge.* L'unica pena infatti, che, oltre le qui nominate, sarebbe compatibile colle suddette due inflizioni è la *riprensione giudiziale*, ma anche questa è esclusa, giacchè nei suddetti due casi ne svanirebbe lo scopo.

Coll' art. 74. statuisce che — *nel concorso di più pene restrittive della medesima specie, inferiori all' ergastolo, la durata totale non può eccedere — nella casa di forza lo spazio di anni venticinque — nella carcere lo spazio di anni otto — nell' esiglio particolare lo spazio di anni cinque*. La ragione legislativa di questo articolo è la stessa, che indicammo parlando degli articoli 19. e 20. del Regolamento Gregoriano.

Allo scopo poi di render meno diuturne, che sia possibile, le condanne temporanee, la qual cosa giova alla moralità pubblica, ed al bene morale ed economico delle famiglie dei condannati, il Legislatore toscano con molta saviezza stabilì nell' art. 75., che — *nel concorso di più pene restrittive di specie diversa, le pene inferiori accrescono la durata della superiore. Al quale effetto due giorni di casa di forza, tre di carcere, e quindici di esiglio particolare, equivalgono scambievolmente fra loro. Ma neppure in questo caso si possono oltrepassare gli estremi dell' articolo precedente.*

Con una fattispecie mostreremo gli utili effetti di questa sanzione. Tizio con un delitto ha meritato dieci anni di casa di forza, con un altro sei di carcere, con un altro tre di esiglio. In virtù dell' art. 75. egli rimane nella casa di forza per anni 14., mesi quattro e giorni 21., perchè con quattro anni sconta tutta la pena del carcere, e con 144. giorni tutto l' esiglio. Egli così torna in seno alla sua famiglia quasi cinque anni prima di quel che vi tornerebbe senza una tale savissima disposizione.

Coll' art. 76. si dichiara, che la riprensione giudiziale rimane assorbita da ogni pena, con la quale concorra, fuorchè dalla multa. — La ragione di questa disposizione è manifesta, e ci viene indicata anche dal professor Mori coll' osservare, che la riprensione, consistendo in una solenne disapprovazione, colla quale il giudice biasima la condotta del colpevole, è sempre virtualmente compresa nella pena afflittiva, che gli decreta.

Una limitazione agli art. 74. e 75. è stabilita nell' art. 77.

Per verità sarebbe stato desiderabile, come bene osserva il lodato professore, che la compenetrazione delle pene stabilita nell'art. 74. fosse stata applicabile sempre e senza eccezione alcuna. Piacque però al Legislatore toscano di escluderne col detto art. 77. que' casi, in cui le diverse pene siano pronunciate da diversi tribunali. Si ebbe in vista, a quanto sembra, *la difficoltà di fondare un centro unico di giustizia, il quale fosse chiamato a rigiudicare le cose giudicate. Teorica del codice penale toscano pag. 103.* Se però non c'inganna il nostro desiderio di veder generalizzata una disposizione piena di saviezza politica, la detta difficoltà non sussiste, perchè bastava dare al tribunale, che sia l'ultimo a giudicare, il potere di compenetrare le pene antecedenti colle successive giusta l'articolo 74., oppure incaricare il pubblico ministero, al quale spetta la requisitoria per trasmettere il condannato al luogo di pena, di apporre nella tabella di condanna il conto materiale di siffatta compenetrazione.

Gli art. 78. e 79., riguardando il modo di punire il condannato all'ergastolo, il quale durante l'espiazione della pena commetta un nuovo delitto, non appartengono a questo capitolo, che contempla il concorso di più pene come causa attenuante la sanzione penale.

Bensì dobbiamo occuparci degli articoli 80. e 81., con cui termina nel Codice toscano questo tema, perchè in essi veggonsi eretti in principj legislativi due sane dottrine giurisprudenziali, delle quali noi poc'anzi abbiam tenuto proposito. Ecco il testo.

Art. 80. — *Più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto di azione, o anche in tempi diversi con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo delitto continuato: ma la continuazione del delitto accresce la pena entro i suoi limiti legali.* — Non poteva concepirsi espressione più chiara ed apodittica di quella di questo articolo per guidare i Magistrati a ben discernere il delitto *continuato* da quelle azioni, che presentano due o più delitti *reiterati*. Non è la prossimità del tempo, come

taluni men rettamente pretesero, ma la dipendenza da una stessa risoluzione criminosa quella, onde avviene che più atti vietati costituiscono un solo delitto.

Art. 81. — *Se un' azione può costituire più titoli di delitto, deve sempre riportarsi sotto quello, a cui è minacciata una pena più grave:* e *questa pena, ove non sia assolutamente determinata* (1), *viene accresciuta, entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge, commesse col medesimo fatto.* = È questa precisamente la massima, che abbiamo testè esposta per risolvere il caso dell' adulterio commesso con una consanguinea, il quale è al tempo stesso anche incesto. Facciamone l' applicazione col Codice toscano sott' occhio. Un fratello, che abusa della sorella è punito per l' incesto in virtù dell' art. 294. lett. C. col carcere da quattro a diciotto mesi. Pongasi però, che la donna sia conjugata, per cui si verifichi anche l' adulterio, che è punito da due a cinque anni. Art. 291. §. 1. Il tribunale può applicare ad ambi i correi tre o quattro od anche cinque anni di pena calcolando, che concorrevano nel caso due titoli di delitto.

VI. Circa il furore sopravveniente ci riportiamo a quanto fu detto nel libro I. pag. 178., e solo aggiungiamo, che la principale ragione politica, per cui non deve punirsi il pazzo, essendo quella di non applicare la pena ad un essere incapace di comprenderla per non deturpare col ridicolo la veneranda sanzione della legge, rimane ben classato il furore sopravveniente fra le cause di diminuire la pena emergenti dall' intrinseca natura della penale sanzione.

§. IV.

Dicemmo che da cause estrinseche alla natura sì del delitto che della pena possono derivare motivi politici capaci di

(1) Il Codice toscano chiama *assolutamente determinate* quelle pene, che non sono suscettive di gradi, e *relativamente determinate* quelle, che sono minacciate fra un limite minimo ed un limite massimo. Art. 32.

togliere o diminuire la pena stessa. Di questi il Carmignani ne enumera *nove* che sono i seguenti: 1.° Il danno che dal punire il delinquente ne ridonderebbe alla società quando la società stessa avesse bisogno della di lui opera: 2.° Il tumulto, la sedizione che il supplizio del reo potesse eccitare nella repubblica: 3.° La moltitudine de' delinquenti: 4.° L'eccellente perizia del reo in qualche arte o scienza: 5.° La natura assai turpe del delitto, che ne renda più utile l'occultazione che la pubblica punizione: 6.° L'ultronea confessione del delitto quando niuna prova specifica si ha del delitto stesso: 7.° Gl' insigni meriti del delinquente verso la repubblica: 8.° Il lungo tempo trascorso dal delitto alla sentenza: 9.° La necessità di scoprire gli autori principali degli atroci delitti, che consiglia ad accordare l'impunità ai complici rivelanti.

I. e II. Il primo e secondo motivo hanno il loro fondamento in quel notissimo assioma — *Salus Reipublicae suprema lex est* — Una Nazione viene minacciata di un' invasione straniera: per respingerla affida il supremo comando dell' armata a valoroso guerriero: questi incorre in un delitto: ma il punirlo priverebbe la Nazione di quel braccio che unicamente può salvarla. Chi non vede che in questo caso sarebbe sì grande il danno derivante dall' applicazione della pena che un nulla in confronto varrebbe il vantaggio del pubblico esempio, scopo speciale di essa? Parimenti se un uomo fosse talmente popolare che il punirlo venisse ad eccitare tumulti e sedizioni tali da porre a repentaglio la sicurezza di tutti, chi non vede che anche in questo caso sarebbe dal comun bene consigliata la remissione o la dilazione della pena? Noi puniamo per raggiungere la sicurezza pubblica. Quando adunque col punire la turberemmo invece di conseguirla, è forza far tacere il Magistero penale, il cui effetto in tal caso sarebbe in conflitto col fine.

III. Il terzo motivo che si deduce dalla moltitudine dei delinquenti dovrebbe per la sua importanza occupare il primario luogo fra le cause di cui parliamo; poichè 1.° sarebbe sommamente pericoloso il punire tutti quando il delitto fu comune a un' intiera città, a un' intiera provincia: 2.° quando

anche no 'l fosse, l'umanità dell'aggregato sociale alzerebbe un grido di dolore al veder la pena convertita in una strage e concepirebbe orrore per la legge e per gli esecutori di essa: 3.° potendosi ottenere il pubblico esempio col punire i primi capi e seduttori della moltitudine delinquente, l'applicazione della pena a tutti i colpevoli sarebbe tanto più impolitica ed inumana in quanto che inopportuna. Nel secolo IV. la città di Tessalonica, ora Salonichi, in una sedizione uccise *Boterico* prefetto de' soldati. Teodosio acceso d'ira per questo misfatto lo vendicò colla strage di molti di quei cittadini confondendo gl'innocenti co' rei. Ma per questo eccesso gli fu dal santo vescovo Ambrogio interdetto l'ingresso nel tempio di Milano; di che quell'Imperadore, giusta alcuni storici, non solo non osò muoverne querela, ma fece un editto che di ogni sentenza capitale contro i rei si differisse trenta giorni l'esecuzione, memore di quanto lo aveva fatto trascorrere la somma sua fretta di punire.

IV. L'assioma — *excellens in arte non debet mori* — fu dedotto, giusta il Carmignani, dalla *leg. ad bestias Dig. de poenis.* In questa legge viene prescritto che i condannati alle fiere non possano dai Presidi delle provincie essere dimessi pel favore del popolo, ma che, se fossero di tal robustezza e destrezza da poter servire di degno spettacolo al popolo romano, debbasi consultare il Principe per differirne il supplizio fino al tempo opportuno a tal uopo. È facile il vedere che non vi è molta analogia fra la detta legge e il dedottone assioma, poichè quella parla di differimento, questo di remissione di pena. Ma il suesposto assioma sorse da ben diversa origine, cioè dal vedere che la natura è parca nel produrre i grandi ingegni. E per verità se un Michelangelo, se un Raffaello fossero per avventura incorsi in un delitto per la cui punizione fosse stato d'uopo distruggere quei genii creatori, il voto di tutte le Nazioni di Europa avrebbe fatto echeggiare a pro di essi un unanime grido di grazia. Nè la loro impunità avrebbe potuto aprire una perniciosa lusinga nell'animo altrui, poichè tali uomini meglio li diresti singolari che rari.

V. Se il delitto è di sua natura sommamente turpe e la notizia di lui non si è fra i cittadini divulgata, riesce più espediente al bene pubblico l'occultarlo che il punirlo. Imperciocchè giova alla pubblica morale lo stendere un velo su quegli eccessi, a cui può darsi in preda la degradata umanità: nè sarebbe sostituibile una punizione segreta, la quale farebbe svanire il fine politico della pena. Il meglio adunque che in simile caso far si possa si è porre in azione il Magistero correzionale e di polizia sì per ottenere l'emenda del delinquente che per impedire che rinnovi il suo turpe eccesso. Possono consultarsi in proposito i bei pensieri del Renazzi.

VI. Soggetto di seria disputa può essere il 6.° motivo enumerato dal Carmignani, cioè l'ultronea confessione del delitto fatta in tempo che non esisteva prova alcuna del medesimo. Imperciocchè questa tesi presenta degli argomenti pro e contro. In favore potrebbe dirsi, che il reo confessando ultroneamente il delitto mostra d'esser pentito della sua prava azione e fors'anche d'essere nel suo cuore emendato. Ma questo argomento perde ogni forza al considerare, che il reo col pentimento provvede bensì al suo bene spirituale, ma non alla società, cui recò offesa. Potrebbe aggiungersi che il reo confesso eccita negli animi sensibili un senso di commiserazione; ma dal lato opposto sorge il riflesso, che il commiserare il delinquente si riduce ad una passione, la quale, comunque lodevole, non s'addice alla legge nè al magistrato. Infine i fautori di questa sesta causa adducono la speranza che coll'accordare indulgenza al reo ultroneamente confesso si possano animare gli altri ad imitarne l'esempio, e così scoprire più facilmente i delitti; ma questa speranza ravviserassi vana da chiunque consideri che i termini della questione presuppongono un reo contro cui manchi affatto ogni prova, per cui il lusingarsi che altri per godere lo stesso vantaggio ne imitino l'esempio, equivale allo sperare che un uomo quasi sicuro di non incontrare male alcuno si esporrà a subirne uno non molto grave per evitarne uno più grave di cui trovasi già fuori di pericolo. Per me opino che l'unica cosa che possa dirsi a favore di

questa sesta causa del Carmignani sia l'osservare che il delinquente *ultroneamente* confesso, quando trattisi di delitto capitale, del quale sarebbe stato impossibile all'autorità pubblica il ritrovare le prove se egli colla sua confessione non ne avesse somministrate le traccie, viene in certo qual modo a commettere un suicidio colla cooperazione delle leggi e dei Giudici, per lo che, ad oggetto di evitare questa mostruosità, troverei ragionevole che i Magistrati al verificarsi di un tal caso, che sarà sempre rarissimo, consultassero il Supremo Imperante per la commutazione dell'estremo supplizio in altra pena prossima; ed in questo modo si appaga anche, senza inconvenienti, quel sentimento di commiserazione, che fu poc'anzi accennato, perchè non si viola l'impassibilità della legge e del Magistrato, facendo derivare l'indulgenza dal Capo della Nazione, nel quale l'impassibilità non è un dovere, e la clemenza non ne diminuisce la maestà ma anzi ne rende più splendida e veneranda la corona.

VII. L'opinione, che gl'insigni meriti del delinquente verso la Repubblica siano una giusta causa per rimettere o alleviare la pena, sembra derivata dal fatto storico di Orazio, che, dopo aver liberata Roma dal pericolo della dominazione di Alba, ottenne dal romano popolo l'impunità del sororicidio commesso a malgrado della condanna capitale contro lui pronunciata dai Duumviri, poichè il vanto tuttora recente di liberator della patria ecclissava la macchia del sangue sparso in un subitaneo accesso d'ira. Ma se il fatto di Orazio parrebbe favorire i sostenitori di questa settima causa estrinseca, altri esempj storici addurre si possono in contrario, tre dei quali riportati dall'Anton Matteo poco proclive ad ammettere di queste specie di cause. Osserva un grande politico che il sistema rimuneratorio nulla ha che fare col sistema penale, e per conseguenza i premj e le pene non debbono mai fra loro elidersi. A fronte di uno scrittore di tanta autorità ardisco appigliarmi ad una media opinione, la quale parmi assai consentanea alla giustizia, cioè che in grazia de' meriti insigni possa rimettersi la pena de' leggieri delitti e minorarsi di un grado

quella de' gravi, qualora i meriti stessi non siano già stati precedentemente rimunerati.

VIII. Passando ora a parlare della diuturnità del tempo trascorso dopo il delitto è facile il comprendere che la disputa non considera quel lasso di tempo che estinguendo nell'animo de' cittadini la memoria del delitto fa nascere la prescrizione, ma bensì un periodo minore. A favore di quest'ottavo motivo suole riportarsi una lettera di Plinio *il giovane* scritta, mentre era proconsole dell'Asia, a Trajano, in cui quello Scrittore fa conoscere a questo Principe aver trovato nella propria giurisdizione taluni già da molti anni condannati all'opera metallica, o al *ludo* (a suo luogo si vedrà in che consistesse questa severa pena), i quali sottratti al decretato castigo prestavano servigi pubblici e come pubblici servi eran pagati, aggiungendo, non sembrargli decoroso, che quegli uomini, già vecchi e lodevolmente viventi, venissero sottoposti alla pena; su di che quel savio Imperatore seguì il consiglio della clemenza se non per tutti, per quelli almeno, la cui condanna risaliva più in là del decennio; questi, disse, voler esenti dal decretato supplicio, con che peraltro venissero impiegati in opere di pubblica utilità, come lo spurgo delle cloache, i lavori delle strade e simili. E qui l'Anton Matteo osserva non trattarsi nè di qualunque reo nè di mero tempo trascorso dopo il delitto, ma bensì di antichità di condanna. Ma le questioni giurisprudenziali non debbono risolversi cogli esempii. È indubitato, che un tempo notabile trascorso dal delitto al giudizio fa sì, che languida sia la memoria del misfatto nell'animo de' cittadini ed attenuato in certo qual modo il danno sociale. Se così è, come non può dubitarsene, a noi sembra questa una giusta causa per adire la suprema potestà del Principe ed implorare dalla sovrana clemenza una minorazione della pena. E lo stesso deve dirsi, a parer nostro, se la condanna da più anni pronunciata fosse rimasta per qualunque motivo ineseguita.

IX. La nona ed ultima causa, che vedemmo derivare dalla necessità di scoprire gli autori principali degli atroci

delitti per mezzo dell' impunità da accordarsi ai complici rivelanti, non può leggermente toccarsi dopo quanto ne ha scritto il Beccaria (1). Questo rispettabile filosofo trova nell'uso di accordare l' impunità ai complici i suoi inconvenienti ed i suoi vantaggi. Gl' inconvenienti, egli dice, sono che la legge autorizza il tradimento detestabile ancora fra gli scellerati, che il tribunale fa vedere la propria incertezza e la debolezza della legge che implora l' ajuto di chi l' offende. (E noi altro non lieve ne aggiungiamo, quello cioè di rimettere in grembo alla società i rivelanti, persone che pe' loro misfatti meriterebbero di esserne ben a lungo od in perpetuo separati). I vantaggi sono il prevenire delitti importanti e che essendone palesi gli effetti ed occulti gli autori intimoriscono il popolo (cioè cagionano un gravissimo danno politico) : di più si contribuisce a mostrare che chi manca di fede alle leggi, cioè al pubblico, è probabile che ne manchi al privato. Dopo questo quadro degli inconvenienti e de' vantaggi il dotto autore sembra consigliare una legge generale che accordi la impunità ai complici di qualunque delitto, più utile senza dubbio di quel che siano le dichiarazioni d'impunità nei casi speciali; ma poi interrompe ad un tratto il suo ragionamento per mostrarci la ripugnanza che provava il suo animo nel proporre un temperamento, con cui a suo credere la legge autorizza il tradimento e la simulazione. Ma sarebbe mai questo per avventura uno di quei luoghi in cui l' autore si è lasciato illudere dalla dolcezza del proprio cuore? A sentirlo parlare di violazione di fede fra i complici di un crimine non si direbbe che il trattato, con cui i coagenti di un delitto promettono di ajutarsi scambievolmente nel misfatto e dopo il misfatto, fosse un contratto lecito la cui violazione racchiudesse una turpitudine peggiore del delitto? Se un colpevole dopo commesso in unione ad altri un atroce misfatto facesse questo raziocinio: *io ho recato un gravissimo danno alla sicurezza pubblica: ho sparsa la trepidazione in tutti i buoni cittadini: voglio per*

(1) Dei delitti e delle pene §. 37. dell' edizione di Livorno.

quanto sta in me risarcirlo: scoprirò il delitto e *i delinquenti: essi saranno puniti*, e *il danno sociale cesserà*; direm noi, seguito il rivelo, che la morale pubblica ha sofferto una ferita? A me pare che no. Di più: adottato il temperamento che si propone dal Beccaria di promettere l'impunità ai complici per mezzo di una legge generale e non di rescritti parziali crescono i vantaggi di questo provvedimento e svaniscono se non tutti almeno i massimi inconvenienti. Crescono i vantaggi perchè si sparge per tal modo la diffidenza fra i coagenti di un delitto nell'atto stesso che si accingono a commetterlo, temendo ognuno di essere dall'altro sacrificato: svaniscono i massimi inconvenienti, poichè non si verifica più nè che il tribunale dimostri la propria incertezza, nè che la legge implori il soccorso di un particolare scellerato per liberarsi dagli altri suoi compagni. In tutte le misure politiche conviene cercare il *meglio* ed evitare il *peggio*, vedere cioè il punto dove concorre il massimo de' beni accoppiato al minimo dei mali e a quello attenersi. Io non nego che l'impunità abbia i suoi pericoli (1), ma non è forse il massimo di essi lasciare esposta la società agli attentati occulti dei collegati malvagi?

Chiuderò quest'articolo coll'osservare che la legge generale proposta in argomento dal Beccaria non deve essere poi sì generale quanto dal suo discorso apparirebbe: essa non dovrebbe abbracciare se non que' misfatti siano *politici* siano *politico-civili* capaci di generare una somma perturbazione nell'animo de' cittadini escludendo perciò tutti que' delitti in cui la perturbazione pubblica non giunge al massimo grado (2); al-

(1) Non devesi annoverare fra gli sconci della impunità quello di prestar fede all'impunitario. L'arte critica ha sparsa talmente la sua benefica luce sugli odierni giudizj, che in oggi niuno più dubita che la voce dell'impunitario non è una prova, ma una mera guida a cercare la verità. Ma di ciò si tratterà estessmente nel lib. III.

(2) I cessati Bandi generali nell'art. 12. promettevano l'impunità a qualunque complice del delitto di falsa moneta, che lo avesse rivelato, purchè non fosse stato il reo principale. Questa sanzione non trovasi nell'odierno Regolamento sui delitti e sulle pene. Se v' ha peraltro

trimenti si correrebbe rischio d'innondare la società d'impuniti, il che sarebbe un male politico, cui nulla potrebbe compensare. Il rivelante poi dovrebbe sottoporsi in perpetuo alla sorveglianza della polizia.

§. V.

Ora ci resta a vedere a quale autorità spetti il conoscere ed aver ragione delle cause fin qui enumerate. Per procedere con chiarezza richiamiamo alcune idee preliminari.

In qualunque politico regime esistono due poteri, il *legislativo*, e l'*esecutivo* (lib. I. pag. 16. e 17.) Il primo si esercita col creare le leggi, il secondo col farle eseguire. L'esecuzione delle leggi presuppone il potere *giudiziario*, ossia il potere di applicare la legge ai fatti delittuosi o alle controversie civili dei cittadini, ingiungendo nel primo caso la pena al colpevole per difendere la società e facendo nel secondo solenne dichiarazione di buon diritto a quel cittadino, per la cui parte sta la ragione. Tutto ciò forse potrebbe operarsi dal Sovrano stesso, se le società politiche fossero composte di una sola tribù o di una sola città, come al tempo de' Patriarchi. Ma coll'estendersi i confini de' corpi sociali e coll'accrescersi ed inviluppparsi le relazioni e le azioni fra cittadini, fu d'uopo che il Sovrano si creasse de' coadjutori allo esercizio del potere esecutivo e demandasse il potere giudiziario a varj determinati cittadini. Investiti questi di siffatto potere chiamansi *Giudici* o *Magistrati*. E siccome il Sovrano coll'attribuir loro il potere giudiziario gl'investe di una parte del potere esecutivo, ma non mai del potere legislativo che il Sovrano *deve* assolutamente ritenere a sè, così è chiaro che

un'azione criminosa, in cui giovi il promettere l'impunità al complice rivelante, essa è certamente quella della falsa moneta, sì per l'indole occulta del delitto, sì pel danno generale che ne ridonda, sì finalmente per trattarsi di un misfatto che esige il concorso di molte persone per essere eseguito.

le attribuzioni, l'officio de' Giudici o Magistrati si riducono alla stretta applicazione della legge alle controversie siano criminali siano civili, e che se essi uscissero da questi limiti non eserciterebbero più il potere giudiziario, ma usurperebbero il potere legislativo.

Ciò premesso deve inoltre tenersi per fermo che tanto le cause derivanti dalla intrinseca natura del delitto quanto quelle derivanti dalla intrinseca natura della pena devono in un buon Codice di leggi essere prevedute, altrimenti la legislazione sarà sempre manchevole ed imperfetta. Così l'avveduto Legislatore stabilirà con leggi chiare e precise la minor pena applicabile all'azione colposa, all'azione impropriamente coatta, all'impeto dell'ira, all'ebbrezza, alla età immatura, al conato, alla delinquenza accessoria. Parimenti preciserà i riguardi dovuti in ragione della sensibilità nell'irrogazione pratica della pena all'età immatura o senile, al sesso femmineo, all'infermità, al reo lungamente martoriato dalla pendenza della procedura, al reo che sarebbe colpito ad un tempo da più pene; nè dimenticherà di decretare l'inapplicabilità della sanzione penale al delinquente divenuto pazzo, finchè dura la pazzia. Ma il Legislatore stesso si guarderà bene dall'accennare nel Codice di sue leggi alcuna delle cause derivanti da motivi estrinseci al delitto e alla pena, eccettuata l'ultima. Ove il facesse sembrerebbe invitare a delinquere quelli in cui per avventura concorresse alcuna di tali cause. Egli adunque le serberà per così dire riposte nel proprio cuore per farne all'occorrimento de' casi quel prudente uso proprio di un padre del popolo mediante particolari rescritti, che saranno come tanti speciali decreti suppletivi della legislazione.

Ora eccoci giunti alla soluzione del quesito che ci siamo proposti. La cognizione delle cause comprese nella prima classe spetterà al Giudice poichè egli non potrebbe rettamente adempiere il suo officio, cioè applicare esattamente la legge ai fatti delittuosi, se non assumesse ad esame tutte le cause, che rendono meno punibili le azioni criminose. Quelle della seconda classe apparterranno parimenti alla di lui cognizione in

quei luoghi ove il potere di giudicare è connesso con quello di fare eseguire il giudicato, altrimenti apparteranno a quel Magistrato che sarà investito di quest'ultimo potere, il quale non eccede i limiti dell'esecutivo. Finalmente di quelle della terza classe non potranno mai conoscere nè i Giudici nè i Magistrati, perchè altrimenti questi usurperebbero il potere legislativo, ma bensì esse saranno di esclusiva competenza del Sovrano (1).

CAPITOLO V.

Delle cause che, accrescendo il danno politico del delitto, richiedono un aumento di pena.

SOMMARIO

§. 1. *Enumerazione ed esame delle dette cause o circostanze.*

§. 2. *Se il Magistrato possa in vista di alcuna di esse accrescere la pena stabilita dalla legge.*

§. I.

Quando il Legislatore decreta a parità di caso una maggior pena all'omicidio, che al furto, egli non accresce la pena,

(1) Il Renazzi avendo mal classate le cause, di cui parliamo, non ha potuto andare immune da qualche errore, quando passò a parlare della competenza a conoscere delle cause medesime. Difatti pose fra le cause estrinseche il diuturno reato ed il furore sopravveniente, e siccome anch'egli opina che la cognizione delle cause estrinseche spetti al Principe, ne viene dal suo sistema per conseguenza che bisognerebbe consultare il Sovrano per valutare a favore del reo la diuturnità del reato e per sospendere l'esecuzione della sentenza contro il pazzo, lo che è un assurdo.

ma bensì non fa che statuirla in proporzione della diversa qualità dei delitti (1). Per dar luogo adunque ad un vero accrescimento di pena si dovrà verificare che restando ferma la *qualità*, ossia il *titolo* del delitto, una qualche particolare circostanza accresca il danno *mediato* del medesimo. Dico il danno *mediato* e non l'immediato, poichè questo come ho dimostrato a suo luogo non può mai esser norma statuente il QUANTO della pena.

Prima però di entrare nella ricerca delle cause accrescenti la gravezza del delitto, noi dobbiamo indagare 1.° se la premeditazione ossia l'animo deliberato, con cui sovente vengono eseguiti i crimini, debba annoverarsi fra le suddette cause: 2.° se la maggior ferocia la più raffinata malizia che costituiscono il *doloso dolosior* di taluni scrittori, debbano pur collocarsi nel numero delle cause, di cui andiamo in traccia.

Quanto alla prima indagine conviene distinguere i delitti in due classi. Moltissimi in fatti sono di tal indole che difficilmente concepir si possono disgiunti dall'animo deliberato: tali sono la lesa maestà, la baratteria, la falsa moneta, l'adulterio, il famoso libello, il falso, il furto, la rapina, la concussione, molti delitti di lesa religione ed altri ancora che lungo sarebbe il noverare. In questi andrebbe errato chi considerasse la premeditazione ossia l'animo deliberato come qualità distinta dal delitto ed aggravante la natura del medesimo; perchè la deliberazione si confonde e s'immedesima col delitto stesso. Ma non è così dell'omicidio, delle ferite, delle percosse. Siccome questa classe di delitti concepir si possono anche senza il concorso della premeditazione, e siccome è nell'ordine più consueto delle cose che vengano originati da una causa presentanea, così può e deve il Legislatore per questi delitti statuire due ordini di pene, cioè altre più miti per le fattispecie scevre dalla qualità distinta e gravante di delibe-

(1) Veggasi alla pagina 78. di questo volume che cosa intendasi per *qualità* del delitto.

razione, ed altre più gravi pe' casi in cui quella odiosa qualità fosse concorsa.

Rispetto alla seconda indagine noi siam d'avviso che la maggior ferocia la maggiore malizia dell'esecuzione aggravino in senso morale ma non in senso politico il delitto. E primieramente quanto alla ferocia non è raro l'esempio di vederla congiunta coll'impeto degli affetti. In tal caso il delitto lungi dall'essere più *allarmante* lo è meno. E per verità è maggiore la perturbazione che si eccita nei cittadini all'udir di un tale sacrificato con un sol colpo proditoriamente, di quella che in essi sorge all'udire di un altro, che, dopo avere con ingiuste offese provocato un suo concittadino, fu da questo con replicati feroci colpi trucidato. Che se la ferocia va congiunta colla premeditazione, allora l'allarme che sorge da questa assorbe quello che può derivare dall'altra. Quanto poi alla maggiore malizia noi abbiamo altrove (libro I. pag. 99.) abbastanza dimostrato, ch'essa è di esclusiva competenza del moralista. Finalmente osserveremo, che ammessa la nostra definizione del dolo, il *doloso dolosior* divenuta un assurdo logico, e che quand'anche no 'l fosse, egli sempre si ridurrebbe ad una inutile speculazione, poichè nell'animo di chi commise il delitto non v'è cosa alcuna, che superi la premeditazione, salva la violazione d'alcuni sacri vincoli, la quale a rapporti estrinseci appartiene (1).

Alla ricerca delle circostanze gravanti i delitti può servir di guida il G. C. Claudio Saturnino nella *legge 16. Dig. de poenis* ove ne enumera sette cioè I. *la causa*, II. *la persona*, III. *il luogo*, IV. *il tempo*, V. *la qualità*, VI. *la quantità*, VII. *l'evento*; ma egli le considera ora come accrescenti, ora come diminuenti la pena, mentre noi le dobbiamo considerare soltanto nel primo aspetto. A queste sette circostanze poi conviene aggiungere VIII. *il modo*, onde più frequentemente si fan maggiori i delitti, e secondo alcuni anche IX. *il dispregio*

(1) Veggasi il Carmignani teoria delle leggi della sicurezza sociale vol. II. pag. 65. e 66., ove magistralmente sviluppa questa dottrina.

della pena; sul quale però molte ed importanti cose vi sono ad osservare.

I. La causa del delitto può accrescerne il danno mediato 1.° quando sia di tale indole che possa allettare più facilmente al misfatto i malvagi, come quando l'omicidio si commette per causa di lucro: 2.° quando sia di tale indole che renda il pericolo del delitto più universale, come quando l'omicidio si commette per vendetta trasversale, o per una causa del tutto sproporzionata, di cui il Filangeri offre l'esempio in un fatto avvenuto a' suoi tempi di un uomo che per provare la forza della sua polvere uccise uno a lui sconosciuto. Diciamo in questi ultimi due casi essere più universale il pericolo del delitto, perchè l'omicidio per vendetta può temersi da chi recò ad altri qualche offesa: il latrocinio può temersi da chi è ricco e tiene esposte le proprie ricchezze, ma quelle due specie di omicidj possono aver per vittima qualunque cittadino (1).

Alcuni opinano che l'aver commesso il delitto senza causa debba essere una circostanza aumentante la pena. È questo un assurdo che ripugna alla logica, degrada l'umanità, pregiudica alla critica de' criminali giudizj. Ripugna alla logica perchè l'uomo agisce sempre per un motivo, e quando operasse senza motivo dovrebbe stimarsi pazzo, e perciò impunibile. Degrada l'umanità perchè è un supporre l'uomo capace d'infierire contro il suo simile per sola smania di sangue come le tigri. Pregiudica alla critica de' criminali giudizj, perchè la causa a delinquere, il *cui bonum* di Cicerone è una fiaccola che nelle cause indiziarie illumina il Giudice a trovare il reo o a scoprire l'innocente; e quando si ammetta che l'uomo sia capace di delinquere senza causa, questa strana massima farà svenare sull'ara della ginstizia molte vittime innocenti (2).

(1) Come questa prima circostanza gravante consuoni colla teoria della spinta criminosa si vedrà nel libro IV. part. II. tratt. I. cap. I. §. VI. in fine.

(2) Veggasi nel libro III. tratt. III. cap. III § III come possa benissimo combinarsi talvolta la piena certezza del delitto coll'igno-

II. La ciscostanza di persona aggrava il delitto per i vincoli o di *sangue*, o di *riverenza*, o di *autorità*, o di *amore*, o di *confidenza* fra l' offensore e l' offeso. Si viola il vincolo di sangue, quando per esempio il figlio uccide il padre o viceversa; si viola quello di riverenza, quando il suddito percuote il Magistrato: si viola quello di autorità quando il tutore stupra la pupilla: si viola quello di amore, quando il conjuge uccide l' altro conjuge: si viola finalmente quello di confidenza, quando il servo ruba al padrone, l' albergatore al suo albergato, o quando sotto la maschera di buona fede tacita o espressa si uccide qualcuno. Tutti questi casi coincidono colla spinta criminosa, perchè in ciascuno di essi si scorge un carattere sì marcato di audacia, che accresce notabilmente il danno sociale. Concordano con questo principio ambi i Codici Gregoriano e Leopoldino, come vedremo ai rispettivi luoghi nel libro IV. Il primo di essi, che presenta un titolo — *delle circostanze che aggravano i delitti*, titolo, che il Legislatore toscano non istimò necessario, pone fra le medesime *l' abuso di autorità o di potere* (art. 24. §. 5,), che appunto alla *persona* si riferisce.

III. La circostanza di luogo aggrava il delitto 1.° quando è tale che nell' ordine morale importi riverenza: così il furto, il ferimento commessi in luogo sacro sono più gravi in ragione del luogo cui l' universale riverenza è dovuta: 2.° quando è tale che presupponga nell' esecutore del delitto una somma audacia: così la rapina commessa sulle strade consolari acquista in faccia alla legge un titolo speciale più odioso, che è di *grassazione*, perchè quelli che a siffatto delitto avventuransi

ranza della causa che lo ha prodotto. Allora però il Giudice filosofo dirà che la causa è *ignota*, ma non mai che il delitto fu *senza causa*. L' ignoranza poi della causa deve rendere mille volte più circospetto il giudice nell' emanare il giudizio e non farlo risolvere alla condanna se non in virtù di una prova assai più rigorosa di quella, che vuolsi ne' casi di *causa palese*. Quindi è sempre vero, che l' ammetter possibili i delitti senza causa è un errore de' più infesti in legislazione e in giurisprudenza.

gareggiano con isfrontato ardimento col potere del governo, bandiscono la legge del più forte, ed elevano lo stendardo dell'anarchia nel cuore per sino delle meglio organate società. La prima regola sarebbe giustificata anche dalla sola vista di istillare nel popolo la massima riverenza per quei luoghi, che sono più specialmente destinati a rendere al Dio delle misericordie il tributo dell'adorazione; il qual giustissimo concetto non esclude però quello di chi ravvisando nel delinquente in luogo sacro un profanatore del tempio di Dio, vedesse in siffatta irriverenza al santo luogo una singolare audacia, sotto il quale aspetto rifulgerebbe anche qui la dottrina della spinta. La seconda non ha d'uopo di spiegazione.

IV. La circostanza gravante del tempo si avvera quando il delinquente 1.° sceglie per commettere l'azione criminosa quel tempo in cui il soggetto passivo del delitto è impedito dal premunirsi contro questo da una calamità propria o d'altrui, caso di cui offrono nefando esempio i rubatori in tempo d'incendio, di rovina, di naufragio ecc.: 2.° quando sceglie quel tempo che la natura destinò alla quiete e al riposo de' mortali, cioè la notte. Col primo principio concorda il titolo del *digesto de incendio*, *ruina*, *naufragio*. Il Codice Gregoriano li abbraccia ambedue coll'art. 24. §. 7., ove dichiara circostanza aggravante i delitti il tempo di notte o d'incendio, rovina, naufragio, terremoto. Il Codice Toscano riporta questa circostanza gravante ai rispettivi speciali titoli di delitto, de' quali a suo luogo. Intanto per mostrare, che in Toscana si hanno sempre in venerazione le dottrine dell'illustre Carmignani, il quale si doleva che il furto notturno non fosse distinto per carattere di maggior gravezza dal diurno, avvertiamo, che il prelodato Codice nell'art. 391. lett. *b.* vuol punito con maggior rigore il furto violento se si commetta in tempo di notte (1).

(1) Questa distinzione di furto notturno e diurno rimonta fino all'epoca delle XII. tavole. Esse così disponevano — *Si nox furtum faxit, sim aliquis occisit, jure caesus esto: si luci furtum faxit; sim*

Chiuderemo questo tema con una osservazione molto necessaria ad aversi in vista per la retta intelligenza del citato art. 24. §. 7. del Regolamento Gregoriano. Non è la materiale coincidenza del tempo notturno o di calamità col delitto, che rende più grave l'indole di questo, ma è la scelta del tempo, cui faccia il delinquente per meglio riuscire nell'insidia che tende alla persona, agli averi, all'ordine di famiglia de' suoi concittadini. Infatti allora si ravvisa nel delinquente quel vero carattere di *frode*, che aggrava la spinta criminosa, e con essa il danno sociale (libro I pag. 104.), e che giustifica il titolo di *gravante* attribuito a questa quarta causa. Non si avvera punto lo stesso effetto, se vi fu mera coincidenza inavvertita del tempo col delitto. Così se Tizio viene provocato in tempo di notte, o d'incendio, o di rovina o di naufragio, e commette in siffatta contingenza il delitto, la sua azione criminosa non è punto dalla circostanza del tempo aggravata. La cosa è sì chiara, che sarebbe opera perduta lo spendervi più parole.

V. Chi volesse ritrovare nella *qualità* dell'oggetto, su cui cade il delitto, una circostanza aggravante l'azione criminosa non potrebbe riguardarla che sotto l'uno o l'altro di questi due aspetti, cioè 1.° che essa sia tale da far sì, che il danno ridondi a carico di un pubblico intiero, come nel peculato, nel quale la circostanza di appartenere il danajo sottratto alla nazione o ad una città fa sì che il danno emergente dalla sottrazione sia universale o quasi universale : 2.° che trattisi di cosa destinata nell'ordine sociale ad un oggetto interessante *prossimamente* la prosperità della Nazione come nell'abigeato, in cui sottraendosi gli animali che servono all'agricoltura o all'arte pastorizia si vengono a ledere queste due sorgenti della ricchezza nazionale. Ma per ragionare coi sani principj della scienza formiamoci una esatta idea d'ambi i delitti, e vedremo che la causa gravante, ond'essi hanno

aliquis endo ipso capsit, verberator, illique cui furtum factum escit, addicitor. Gravina de jur. nat. gent. et XII. tab. Tabul. II.

una assai maggiore entità politica al confronto del furto semplice non deriva dalla materiale qualità della cosa sottratta. Il peculato presuppone che il sottrattor del danajo sia quello stesso pubblico cassiere, che l'ha in custodia: l'abigeato importa che il bestiame venga sottratto dai pascoli. Dunque nell'autore del peculato esiste in grado energico quell'audacia di cui parlammo alle pagine 104. e 105.; nell'autore dell'abigeato esiste la *frode*, perchè esso abusa di quella necessità, in cui trovansi gli uomini di abbandonare, come suol dirsi, *alla guardia di Dio* i bestiami per commetterne con maggior sicurezza e speranza d'impunità l'abduzione.

Noi poi non collocheremo sotto questa quinta causa aggravante il furto con rottura, quello commesso mediante insalizione, o chiave adulterina ecc. perchè tali fattispecie appartengono propriamente al *modo*.

VI. La quantità è una circostanza gravante, che non può verificarsi se non nei furti, nelle truffe, ne' stellionati insomma ne' delitti che violano la proprietà reale del cittadino. Il Cav. Filangeri condanna apertamente la distinzione fra furto grande e furto tenue, e si protesta di seguire in ciò il consiglio del divino Platone. Ma il Carmignani osserva che Platone disse bensì dovere una sola legge servir di freno al furto grande e al furto tenue, ma lo disse perchè questa pena doveva nel di lui sistema consistere ora nel duplo, ora nel quadruplo, cosicchè in vigore di questa misura proporzionale il furto grande veniva punito dippiù del furto tenue. Insiste il Filangeri, ed osserva, che colui il quale ruba un sol bue al miserabile colono reca un maggior danno e mostra una maggiore malvagità di quello che ne ruba dieci all'ozioso e ricco proprietario. Ma il danno, la malvagità sono forse la vera misura de' delitti? Diamo invece uno sguardo ai nostri cardinali principj, ed essi ci additeranno che derivando dal furto grande al delinquente un frutto più cospicuo di quel che recar gli possa il furto piccolo, quella mite pena che può essere efficacissima a reprimere le fraudolente sottrazioni di tenue entità è assolutamente inidonea a frastornare i furti di più considerevole valore.

Dunque noi conchiuderemo sulla base dei nostri principj che la quantità è benissimo una circostanza gravante in tutti i delitti che violano la proprietà reale del cittadino — Concordano gli art. 336. e 339. del *Regolamento Gregoriano*, non chè gli art. 376. 378. 386. e 392. del Codice toscano.

VII. La settima causa cioè l' evento viene presa in diversi aspetti. Il G. C. Saturnino pare che ne scorga l' applicazione in que' casi, in cui o il danno non avvenne quantunque voluto dall' agente, o il danno avvenne contro l' intenzione dell' agente; poichè prima si mostra quasi dissenziente dal rigore della legge Cornelia *de sicariis*, che troppo all' intenzione del delinquente dava peso, quindi passa a citare le leggi greche, che permettevano d'espiare l' omicidio colposo coll'esilio volontario, e finisce col riportare un passo di Omero, ove parla di un fanciullo, che malavventurosamente uccise l' altro giocando (1). Il Nani applica la teoria dell'evento all'attentato.

(1) Il Carmignani avverte che il passo di Saturnioo, a coi qui alludiamo, è chiamato per la sua difficoltà *la croce degl' Interpreti.* (Teoria delle leggi ecc. vol. II. pag. 106.) Le parole disputate sono le seguenti — *Eventus spectetur, ut a clementissimo* (così la Fiorentina: nella Volgata e prèsso Haloandro *dementissimo*) *quoquo facto quamquam lex non magis eum qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit puniat.* A noi sembra che il senso di Saturnino sia questo — *Dovrebbe guardarsi all' evento dell' azione, come fu fatto anche da un principe clementissimo, quantunque la legge non frapponga differenza fra l' omicidio semplicemente attentato, e l' omicidio consumato*; e siamo in conseguenza d'avviso che debba leggersi *ut a clementissimo quodam factum*, colle quali parole il G. C. probabilmente volle alludere a qualche rescritto di umano e sapiente Imperadore, che moderò la pena di un attentante l' omicidio in vista del fortunato eveoto che risparmiò la vittima. Così si giustifica perchè il G. C. dicesse *eventus spectetur* e non *eventus spectatur*: così si attribuisce a un tanto Sapiente (fu Pretore sotto Marco e Vero) una giusta censura del soverchio *stoicismo* ond'era infetta la legge Cornelia *de sicariis*: così si ascrive al vocabolo *clementissimo* l' unico suo vero senso, essendo egli un predicato, che ai Principi soltanto suol darsi: così finalmente si evita l' interpretazione veramente dozzinale di

Il Carmignani a tutte le prave trasgressioni. Noi ci accosteremo all'opinione di quest' ultimo dicendo che la circostanza gravante nascente dal dannoso evento fa verificare quel legale aforismo *is qui dat operam rei illicitae tenetur de delicto subsequuto*. Taluno porge a femmina incinta una bevanda che crede atta a produrre l'aborto: la femmina muore: quest' infelice evento dà luogo ad un aumento di pena. *Leg. Si quis 38. Dig. de poenis.* Un genitore di prole illegittima espone il bambino in luogo rimoto: questi perisce. La pena dell' esposizione in luogo rimoto, che presso noi sarebbe di cinque anni di opera publica, si aumenta pel sinistro evento fino alla galera dai 10. ai 15. anni. *Art. 305. e 306. del Regolamento.* La ragione politica di siffatti accrescimenti di pena si è che negli esposti casi ed altri di egual indole il magistero penale scorge nell' atto doloso la presunzione che siasi voluto anche il dannoso evento, volizione che racchiude in sè una maggiore spinta criminosa; e non può lasciare sbrigliata questa prava volizione, di cui l' atto esterno offre una presunzione sì urgente, che quasi si accosta alla certezza, per non dar adito ai malvagi di deludere la legge togliendo altrui la vita coll'uso di mezzi, che velino tal nemica intenzione.

Ma perchè l' esposto aforismo non abbia ad intendersi in un senso troppo ampio, lo che condurrebbe a perniciosi errori nella nostra Scienza, mi credo in dovere di aggiungere l' aurea dottrina del Chiarissimo De-Simoni, il quale opportunamente avverte che per l' applicazione della massima *is qui dat operam etc.* è assolutamente necessario che fra l' azione illecita e l' effetto succeduto vi fosse una relazione di possibilità prossima e facilmente prevedibile. L' effetto dannoso del poculo abortivo, dell' esposizione del bambino in luogo rimoto sta nell' ordine delle conseguenze più comuni e probabili. La suddetta massima adunque è in questi e simili casi applicabile; ma bisogna guardarsi bene dall' estenderla a quegli eventi

credere che Saturnino volesse, parlando dell' evento come *misura della pena*, portar per esempio l' [illegible] da un pazzo.

che l'umano intelletto o non poteva prevedere, o no 'l poteva che assai difficilmente (1).

VIII. La circostanza gravante, che emerge dal modo, è forse la più frequente di quante n'abbiamo sin qui accennate. Essa può verificarsi tanto nei delitti contro le persone, quanto nei delitti contro la proprietà reale. Così l'omicidio diventa più grave per l'appostamento, per le insidie, pel veleno ecc. Il furto diviene più grave se viene eseguito mediante rottura, mediante insalizione, mediante chiave falsa. Qualunque delitto finalmente diviene più grave se per eseguirlo si simula l'ordine del Magistrato. È chiaro che in tutti questi casi cresce la spinta criminosa, e con essa il danno sociale, perchè in ognuno di que' raffinati mezzi di delinquere v'ha in grado assai considerevole quell'audacia, per la quale il malvagio frange o colla violenza o colla frode gli ostacoli naturali e morali, che si frappongono al delitto. Concordano molte sanzioni dei Codici Gregoriano e Leopoldino, delle quali a suo luogo.

Molti, fra' quali il Filangeri, ad ispiegare la ragione politica, per cui i delitti qualificati *pel modo* sono più severamente puniti, ricorrono al sotterfugio di dire che in questo caso si violano ad un tempo più diritti del cittadino. Ma, come bene osserva il Romagnosi, questa dottrina è erronea per due ragioni 1.° perchè si viene ad affermare una cosa che molte volte non si verifica in fatto, poichè per esempio coll'aspettare semplicemente un uomo in un luogo d'onde dee passare, non si viola alcun dritto: eppure l'omicidio commesso con questa circostanza si riguarda come qualificato: 2.° perchè si viene ad introdurre un sistema di retribuzione civile, il quale distrugge i principj fondamentali del Diritto di punire per sostituirvi una specie di giustizia commutativa affatto estranea alla giustizia penale (2).

IX. Il chiarissimo Carmignani dopo avere nel §. 248. dei

(1) Dei delitti di mero affetto Part. I. Cap. XIX. §. VIII. Veggansi le riflessioni esposte nel libro I. pag. 195.

(2) Genesi del Diritto penale §. 1555.

suoi *Elementi di dritto criminale* spiegato il concetto del *disprezgio della pena* consistente nel commettere dopo la legale condanna ed espiazione della pena inflitta per un delitto quella stessa azione criminosa, che fu causa dell'antecedente punizione, lo che nel linguaggio forense chiamasi *recidività*, passò poi nella sua celebre *teoria delle leggi ec.* a combattere come erronea la massima, per cui al *recidivo* si aumenta la pena. Egli incomincia dall'osservare che la consuetudine di trattar con maggior rigore il *recidivo* al confronto degli altri cittadini non può esser derivata se non se dall'aver falsata l'idea della pena, attribuendole il carattere d'istituzione *correttoria* del delinquente invece di quello di difesa sociale riposta nell'esempio pubblico. E per verità qualora nel magistero penale si consideri unicamente il precipuo suo fine, che è di allontanare i malvagi mercè la vista del castigo da questo e da quel delitto, non si riesce a giustificare il perchè si faccia vedere al pubblico, che uno o due delinquenti sono puniti più degli altri per una circostanza *personale*, che riguarda *essi soli*, e che nulla ha che fare colla spinta criminosa propria del delitto.

Prosegue l'illustre Autore adducendo il dilemma, *o la pena decretata al delitto ha la sufficienza che deve avere onde la sua minaccia, data la certezza della sua subizione, sia un politico ostacolo alla offesa*, o *non l'ha: se l'ha conviene attribuire il nuovo delitto non a insufficienza della pena del primo ma a un falso calcolo d'impunità di chi si accinse a commetterlo*, o *non l'ha e conviene aumentar la pena decretata al delitto, non esasperarla per il caso della recidiva.* Aggiunge a questo, derivare dal calcolo della recidiva due gravi offese alla giustizia: 1.° quella di far rivivere contro ogni principio di ragione un delitto già estinto colla subizione della pena: 2.° quella di giungere ad un punto da dover punire con una pena gravissima un leggiero trascorso, come nell'esempio riportato da Callistrato alla legge *28. §. 3. Dig. de poenis* dei giovinastri turbanti gli spettacoli publici che venivano puniti con questa progressività di pene 1.° la fustigazione 2.° l'interdizione dagli spettacoli 3.° l'esilio 4.° la morte. Si fa quindi

strada ad osservare e conchiudere che quando una massima è falsa, produce inestricabili difficoltà nella sua applicazione, e finisce col condurre all' ingiustizia (1). Noi facendo eco a questi sani principj aggiungeremo che siccome l' unica ragione, la quale può giustificare l' aumento della pena al recidivo, è la presunzione, ch' egli in quanto a sè non abbia trovata la pena subita cosi grave da meritare per di lui parte la rinuncia ai vantaggi del delitto, la necessità dell' aumento, di cui parliamo, andrebbe a svanire quando il modo di subizione della pena fosse tale, giusta il voto già da noi espresso, che il reo al termine della medesima tornasse in grembo alla società emendato.

Ma quand' anche potessero superarsi tutte le ragioni, che insorgono contro la teoria di aumentare al recidivo la pena stimata dal legislatore efficace e sufficiente per tutti, dovrebbe almeno la teoria stessa essere nella sua applicazione ristretta da varii canoni, di cui qualcuno è ricevuto in pratica, qualche altro trovò sede nella legge toscana, ma nella maggior parte sono obbliati a segno da farci credere inferiori nel buon senso ai nostri maggiori. Essi sono i seguenti:

1.° Niuna questione di recidiva quando il nuovo delitto fu l' effetto di una provocazione. Come infatti concepire che colui il quale delinque in un impeto d' affetti ottenebrante l'intelletto abbia presente nel momento della sua azione il castigo già subito per calcolare l' aumento che gli reca la recidiva, in modo che dir si possa dispregiatore della pena?

2.° Niuna questione di recidiva quando il nuovo delitto importa una pena o maggiore o minore della già subita. Non se maggiore, perchè se il rigore con cui si giudica la recidività deriva dall' ipotesi che la pena espiata non sia stata efficacemente repressiva per quel determinato delinquente, non v' è una ragione per credere, che non sia efficacemente repressiva la nuova più grave. Non se minore, perchè questo caso presuppone che il delinquente abbia violata la legge con

(1) *Teoria delle leggi* ecc. vol. 3. pag. 229. 230. 231. e 232.

circostanze meno gravi, ed allora l'umanità e la giustizia portano a presumere che la pena precedente lo abbia in parte se non in tutto emendato, perchè lo ha fatto astenere dal delitto maggiore.

3.° Niuna questione di recidiva quando fra il precedente delitto ed il nuovo corse un notevole intervallo di tempo, e molto più se questo tempo sia stato di tale durata, che la precedente offesa sociale ne sarebbe rimasta prescritta. Imperocchè l'essersi il delinquente astenuto per molti anni dal violare la legge fa cessare quella presunzione, che testè accennammo, presunzione, ch'è l'unico appiglio, cui possa appoggiarsi la dottrina, che esaminiamo.

4. Niuna questione di recidiva quando in vigore di una nuova legge promulgata il delitto ripetuto, di cui si disputa, viene ad esser punito con maggior rigore. La ragione di questa massima è la stessa addotta nel num. 2.

Il regolamento Gregoriano contiene due soli articoli sulla recidiva, che sono il 21. ed il 22. Il primo così si esprime — *Chi dopo espiata la pena di un delitto ne commette uno nuovo* e *della stessa specie è recidivo, e come tale è punito coll'aumento di un grado della pena corrispondente al delitto.* — Questo articolo ha almeno il pregio di aver ben determinato gli estremi della recidiva, che sono 1.° l'avere il reo espiata totalmente la pena del precedente delitto: 2.° che il nuovo reato sia della stessa *specie* del precedente. Perciò chi dopo avere espiata la pena di un omicidio commette una ferita, e viceversa, non è recidivo.

Art. 22. *Colla stessa regola si procede nel caso di ulteriori recidive; ove però l'ultimo delitto esaurisse il massimo della pena temporanea, o importasse la galera in vita, il recidivo è sottoposto alla stretta custodia.*

Per la retta intelligenza della prima parte di questo articolo avvertiamo, dover esso intendersi nel senso, che chi dopo avere esempigrazia espiata la pena di una ferita ne commettesse altre due o più in diversi tempi e circostanze deve per ciascuna delle nuove ferite soggiacere all'aumento per la re-

cidiva, ma non già, che il reo, stato già altra volta recidivo, debba soggiacere a due aumenti di pena per un solo delitto. Questa seconda interpretazione sarebbe un assurdo 1.° perchè un sol delitto costituisce una sola recidiva: 2.° perchè da essa andrebbe a risultare il mostruoso sconcio, che un reo più volte condannato potrebbe per una sola ferita leggerissima essere sottoposto a venti anni di galera.

Dopo ciò rimane solo a notarsi, che il primo de' canoni da noi testè esposti è ricevuto in pratica da molti tribunali del nostro Stato, specialmente se la provocazione fu grave o gravissima, e che è nelle viste del nostro Governo il sanzionarlo per legge.

Il Codice toscano contiene parecchie disposizioni circa la recidiva.

L'art. 82. ne porge la definizione nel senso del nostro Regolamento Gregoriano. Aggiunge però che il conato venendo in concorso col delitto consumato, e la complicità colla reità principale, possono costituir recidiva.

L'art. 83. §. 1. erige in principio legislativo il terzo canone, di cui alla pagina precedente. Dopo dieci anni non v'è recidiva pei delitti puniti colla casa di forza: dopo cinque anni non v'è recidiva pei delitti punibili con pena minore della suddetta.

Il §. 2.° dello stesso articolo dichiara, che la pena espiata per condanna d'un tribunale estero non è valutata all'effetto di dichiarare la recidiva. La ragione è questa. La condanna di tribunale estero contro un toscano presuppone, che questi abbia delinquito in un altro Stato. Ricadendo nello stesso delitto, egli avrebbe sempre violato una sola volta la sicurezza della Nazione, a cui appartiene. È dunque ragionevole ed umano, che non venga trattato come recidivo. D'altronde nelle materie odiose ogni lieve motivo di restrizione giustifica il legislatore.

L'art. 84. dichiara quali abbiano a ritenersi per delitti della stessa specie all'effetto della recidiva. — I nostri rigidi principii su questa materia ci fanno sembrare troppo amplia-

tivo questo articolo. Non taceremo la nostra opinione, perchè più chiaro veggasi, che le spesse volte, in cui abbiamo applaudito ed applaudiremo a questo Codice il facemmo e il faremo sempre con candidezza d'animo, spoglio della vile adulazione. Non ci appaga la parità posta tra il furto e il falso, tra l'omicidio e la lesione personale. Da una parte osserviamo che chi dopo commesso il falso incorre nel furto e viceversa non può dirsi che abbia una soverchia tendenza al primo o al secondo di questi delitti, dall'altra sembraci imponentissimo il riflesso, che in que' casi in cui v'ha notabile differenza di pena fra il primo e il secondo delitto, la dottrina della recidiva perde ogni sua base. Veggasi quanto dicemmo alla pag. 408. canone 2.°

Finalmente l'art. 85. §. 1. statuisce che la misura della pena pel recidivo, salvi i casi specialmente contemplati dalla legge, consiste nell'aumento della pena *relativamente* determinata, aumento, che può giungere sino alla metà, senza che però mai si possa oltrepassare il limite supremo fissato nell'articolo 74., il cui tenore fu già da noi esposto alla pag. 384.

§. II.

In un buon sistema di legislazione tutte le circostanze gravanti fin qui enumerate ed altre pure, se ve ne hanno, devono essere esattamente prevedute. Ma posto il caso che alcuna di esse non lo fosse, e si verificasse nell'azione del delinquente, potrebbe mai il Magistrato accrescere al reo la pena stabilita dalla legge? Mi piace di rispondere a questa questione colle parole dell'illustre Beccaria: » Le sole leggi possono » decretare le pene su i delitti, e questa autorità non può » risiedere che presso il Legislatore che rappresenta tutta la » Società unita per un contratto sociale: nessun Magistrato » (che è parte di Società) può con giustizia infligger pene » contro un altro membro della Società medesima. Ma una » pena accresciuta al di là del limite fissato dalle leggi è la » pena giusta, più un'altra pena: dunque non può un Magi- » strato sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico ac-

» crescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino. » In una parola il Magistrato coll'accrescere la pena stabilita ad un cittadino usurperebbe la potestà legislativa: gl'individui sociali non sarebbero più soggetti ad una legge, ma a tante leggi quanti fossero i capricci de' Giudici, e la benefica influenza della più saggia fra le legislazioni impartita da un illuminato Sovrano cesserebbe per dar luogo a un duro dispotismo degli esecutori della legge medesima.

Nè a questi sacrosanti principj può fare ostacolo sia la *legge 6. Dig. ad leg. Jul. peculatus* sia la *leg. 16. in fin. Dig. de poenis* ed altre simili, nelle quali si vede accordato dal Diritto romano ai Giudici la facoltà di esacerbare in alcuni casi le pene ai delinquenti. È d'uopo qui notare ciò che più precisamente diremo nel §. IV. cap. unico tratt. I. lib. III. cioè esservi stato un tempo sotto i romani Imperadori in cui, esclusi i dodici delitti di azione publica già noverati alla pagina 297., in tutti gli altri la pena era lasciata all'arbitrio del giudicante, ed allora non si verifica propriamente parlando un aumento di pena, perchè la parola *aumentare* presuppone un *primo termine* già statuito, a cui se ne aggiunga un altro, e quando manca il primo termine non si può concepire aumento ma solo arbitraria posizione di quantità.

È poi tanto vera questa massima di non potersi accrescere ad un delinquente la pena decretata dalle leggi, che neppure il Principe, come osservò il Nani nelle sue annotazioni all'Anton Matteo (1), potrebbe decretare che un delinquente subisse una maggior pena di quella che le leggi statuivano contro il di lui delitto all'epoca in cui lo commise. Prima di tutto è evidente che qualunque legge non può avere mai un effetto retroattivo, e che un cittadino non può contrarre altra responsabilità penale se non quella che scaturisce dalla legge a lui cognita e vigente all'epoca del delitto. Ma non basta. Qual motivo politico potrebbe mai avere un legislatore per ordinare che ad un delinquente venisse accresciuta la pena al

(1) Ad Lib. XLVIII. Dig. tit. 18. Cap. *de reliquis causis* Nota I.

di là del limite determinato dalla legge? Quello di far meglio espiare il delitto, no certamente, poichè l'espiazione de' misfatti appartiene alla giustizia divina e non alla umana. L'unico fine adunque, che potrebbe eccitare nella mente del Principe l'idea di accrescere la pena ad un delinquente sarebbe quello d'ispirare un maggior timore nell'animo de' malvagi, perchè non s'attentino di delinquere, dubitando forse dell'inefficacia della pena stabilita. Ma in questo caso non può il Principe ottenere lo stesso intento senza commettere un'ingiustizia a carico di un suo suddito? Senza dubbio. Egli con una nuova legge accrescerà la pena ai futuri delinquenti, se quella già stabilita la riconosce inefficace, e così conseguirà il fine di prevenire energicamente i delitti senza dare alla propria legge un effetto retroattivo.

Io non insegno qui una massima nuova, anzi non faccio che spiegare un principio di cui offrì luminoso esempio la S. M. di GREGORIO XVI. Allorchè nel suo avvenimento al soglio conobbe fra i bisogni de' suoi popoli essere per avventura il primo quello di una nuova criminale legislazione più adattata ai tempi, ai costumi ed ai progressi dell'incivilimento di questa bella parte d'Italia, vi diede opera col Regolamento 20. Settembre 1832. Ma ebbe ben cura di decretare coll'*articolo* 368. che pei delitti accaduti antecedentemente alla publicazione della nuova legge fosse applicata la pena più mite fra l'antecedente e la susseguente legislazione. Quest'articolo è un saggio di filosofia legislativa. Imperciocchè quanto sarebbe ingiusto che una nuova legge avesse l'effetto retroattivo per accrescere la pena ad un cittadino che ha commesso il delitto sotto l'impero di altra legislazione, altrettanto è conforme alla Giustizia ed alla Politica che la nuova sanzione più mite adottata dal Legislatore sia applicata anche al cittadino che ha precedentemente delinquito, poichè se il Principe ha mitigato le pene è segno manifesto che ha conosciuto essere le antecedenti *eccessive*, ed una pena eccessiva, che è quanto dire superflua nel suo eccesso, è anche ingiusta nell'eccesso medesimo. (Veggasi il cap. 2. di questo libro §. I. e la pagina

109. del libro primo.) — Allo stesso principio si attenne il Granduca LEOPOLDO II., come apparisce dall' artic. 6. del decreto posto in fronte al Codice penale, che ha richiamato e richiamerà spesso la nostra attenzione.

CAPITOLO VI.

Delle pene che erano in uso presso i Romani e delle vigenti nello Stato Pontificio e nel Granducato toscano.

SOMMARIO

§. 1. *Introduzione storica.*
§. 2. *Delle pene capitali di primo grado.*
§. 3. *Delle pene capitali di secondo grado.*
§. 4. *Delle pene afflittive.*
§. 5. *Delle pene infamanti.*
§. 6. *Delle pene pecuniarie.*
§. 7. *Delle varie distinzioni delle pene desunte dai loro caratteri estrinseci.*
§. 8. *Delle pene adottate dalla Gregoriana legislazione, e dal Codice toscano.*
§. 9. *Del modo, con cui si espiano nella Toscana le pene afflittive indirette.*

§. I.

Fu già osservato con dolore dal romano Criminalista che cento lingue e cento favelle vi vorrebbero per narrare tutti i diversi e barbari modi praticati specialmente ne' rimoti tempi dalle varie Nazioni per togliere la vita ai delinquenti. Un oggetto così triste sarà da noi coperto di un velo, persuasi col

Carmignani, che la sola anima assiderata ed insensibile di un carnefice potrebbe volgere senza rabbrividire lo sguardo su di un quadro sì luttuoso. Che se furono scusabili il *Pastoret* ed altri di essersi estesi sopra sì funesto argomento per lo fine lodevole che si proposero, cioè di muovere il cuore de' Padri delle Nazioni ad abolire una volta per sempre i ricercati supplizj, noi non 'l saremmo certamente che scriviamo in un'epoca felice, in cui simili esempj di atrocità più non contaminano il sacrosanto Codice delle leggi.

Ma mentre conosciamo di potere senza timore di censura risparmiare ai nostri lettori il fremito che ecciterebbe in loro la storia degli orridi supplizj usati dai Persiani, dagli Egizj, dagli Sciti (1), il Toro di Falaride, il carcere di Dionigi Tiranno di Siracusa, le are di Busiride, l'orribile invenzione di Messenzio descritta al vivo dall'Epico Mantovano nel libro VIII. dell'Eneide, crederemmo però di mancare all'obbligo che ci corre se alcuna ommettessimo di quelle pene che il romano Diritto nei tre suoi principali periodi (2) sanzionò, poichè i progressi e le vicissitudini di quella legislazione troppo da vicino c'interessano e come parte importante di storia patria e come monumento dell'influenza, che le forme di Governo e lo incivilimento dei popoli esercitano sulle leggi delle Nazioni.

Cominciando dalla prima epoca, poco conosciamo delle leggi criminali emanate dai primi re di Roma, poichè, come bene osserva l'immortale nostro Gravina, coloro che presumettero di restaurare il Codice Papiriano abbracciarono molte cose che non reggono alla critica storica. Tre sono unicamente le leggi regie criminali della cui esistenza non può dubitarsi. La prima è quella che puniva il figlio il quale avesse

(1) Veggasi Valerio Massimo *lib. IX. cap. II. exter. num. XI.* ove narra il modo di punire degli Sciti, che è forse il più atroce fra quanti ne furono inventati.

(2) Il primo estendesi dalla fondazione di Roma fino all'espulsione dei re: il secondo dall'espulsione dei re fino all'impero di Augusto: il terzo dall'impero di Augusto fino a Giustiniano.

osato innalzare la sacrilega mano a percuotere i proprj genitori: egli incorreva nell' estremo supplizio mediante la formola *sacer esto*. Nè questo rigore deve far meraviglia a chi riflette che il primo nerbo di una società, specialmente se nascente, è riposto nella disciplina domestica. Siffatta legge, che la maggior parte degli Storici attribuiscono a Romolo, viene riportata da Scaligero in questi termini: SEI · PARENTEM PVER · VERBERIT · AST · OLLOE · PLORASSIT . PVER DIVEIS · PARENTVM · SACER · ESTO. La seconda è quella, mediante cui Romolo istituì il tribunale domestico ad oggetto di giudicare dei delitti contro il pudore in cui incorressero le mogli: esso era composto dei consanguinei, ed il marito vi presiedeva e col consiglio di essi poteva pronunciare anche decreto di morte contro la donna di adulterio convinta. Quanto questa severità di costumi giovar dovesse ad una città nascente è facile il comprenderlo. La terza è quella di Numa Pompilio, con cui questo pacifico re, affinchè la divisione delle terre pocanzi fatta fra i primi abitatori di Roma rimanesse inviolata, e così le proprietà non fossero soggetto di discordia fra i cittadini, ordinò che chi avesse alterati i confini de' terreni fosse immolato al Dio Termine, divinizzando così un oggetto materiale per aumentarne coll' idea della religione la riverenza. Ecco le parole della legge quali vengono riferite da Festo: QUEI · TERMINOM · EXARASSIT · IPSVS · BOVEISQVE · SACREI · SVNTO.

È facile però il comprendere che tutto ciò è assai poco per conoscere qual fosse l' indole delle leggi regie sulle materie criminali. Solo può congetturarsi col Carmignani che fossero severe, dovendo servire a contenere una gioventù ardente e collettizia e insofferente di freno. In quanto al modo di eseguire le capitali condanne, dovette essere la flagellazione con verghe giusta la formola che ricavasi da Tito Livio: *Lictor caput obnubito, infelici arbori reste suspendito: verberato vel intra pomoerium, vel extra pomoerium.* Velato adunque il capo del colpevole, e sospesolo ad un albero infausto, ei veniva a colpi di verghe reso esanime.

È noto che fino all'anno 300. di Roma i Quiriti si ressero senza leggi fisse (1). Ma a quest'epoca cresciuto viepiù il numero de' cittadini, moltiplicati gli affari, aumentati i delitti, si conobbe la necessità di avere un corpo di leggi, e furono spediti tre deputati in Grecia perchè raccogliessero le migliori leggi che presso le greche republiche fossero in vigore. (2). È noto come al ritorno de' deputati si nominassero i Decemviri, come questi compilassero le leggi publicandole dapprima in dieci tavole, e quindi altre due aggiungendone in supplemento, come quei dieci Magistrati tentassero di rendere perpetuo il loro formidabile potere, e come finalmente il sacrificio di una vergine desse occasione al popolo romano di scacciare quei superbi dominatori, e di restaurare la violata democrazia.

Ben lontani dal fermarci su meri dettagli storici, fedeli al nostro istituto osserveremo, che le leggi decemvirali nella parte criminale erano piene di severissime sanzioni, lo che ha dato motivo ad un grande Politico (3) di censurare Tito Livio per aver detto a proposito del supplizio di Mezio Suffezio, che quello fu l'ultimo esempio di atrocità presso i Romani. La pena del fuoco contro gl'incendiarj, il sacco di cuojo contro i parricidi, la dejezione dalla rupe Tarpeja contro i servi colpevoli di furto, la pena di morte contro gli autori di satire o famosi libelli, ed altre simili sanzioni, sono altrettante prove che dimostrano non avere i Decemviri aspirato alla gloria di benefici legislatori, ma piuttosto avere avuto in mira di far servire il terrore di sostegno all'autorità cui bramavano usurpare.

(1) Terrasson Storia della giurisp. rom. vol. 2. §. I.

(2) Gravina. De jur. nat. gent. et XII. tabul. cap. XXIII. Vico impugna che le leggi delle XII. tavole fossero una raccolta di greche istituzioni (Vol. II pag 275. edizione milanese del 1831.) Altri negano persino la spedizione dei deputati in Grecia. Peraltro il Terrasson nel luogo citato redime con molto acume d'ingegno questa spedizione dai dubbj storici, ond'era stata combattuta, e il Pothier l'adotta come vera nella sua *Prefazione alle Pandette di Giustiniano*. P. I. C. I. §. 2.

(3) Montesquieu Esprit des lois. liv. VI. chp. XV.

Espulsi i Decemviri e riordinata la Democrazia si vide la necessità d'introdurre delle guarentigie a pro della dignità di cittadino, e ciò diede luogo a tre leggi publicate in tre diversi tempi e conosciute sotto il titolo *de libertate civium romanorum*. La prima fu publicata da *M. Valerio* Console circa l'anno di Roma 452., e con essa vietavasi di eseguire la condanna di morte o della flagellazione contro un cittadino che appellasse al popolo (1). Poco dopo sorse la seconda, che ebbe per autore *Porzio Leca* Tribuno della plebe, con cui fu onninamente proibito di condannare a morte o alle verghe un cittadino romano sotto grave comminatoria ai trasgressori; e questa dovette essere la legge che salvò S. Paolo dalle violenze de' Tribuni militari (2). La terza ebbe per autore *C. Sempronio Gracco* nell'anno di Roma 630., e con essa fu stabilito che non potesse tenersi capitale giudizio contro un cittadino senza il comando del popolo. Veggansi i termini di questa legge alla pag. 301. di questo volume.

Nè credasi che in virtù della suddetta legge Porzia i gravi delitti andassero immuni da una pena congrua ed efficace. A ciò provvedeva *l'interdizione dell'acqua e del fuoco*, pena che deve la sua origine al rispetto per la legge garante della libertà civile romana. Con questa pena si proibiva al condannato o perpetuamente o temporaneamente di fare uso dell'acqua e del fuoco sia in Roma, sia in tutta l'estensione del romano dominio, cosicchè il condannato era costretto per vivere di andare esule volontario dalla patria: lo che per quei tempi, in cui l'amor patrio facevasi sentire ne' romani petti con tutta l'energia, era castigo sufficiente a reprimere qualunque atroce delitto. Affinchè poi l'interdizione dell'acqua e del fuoco avesse il suo effetto, niun cittadino romano poteva accogliere l'interdetto in propria casa sotto pena gravissima, ma bensì era permesso di far ciò ai popoli alleati de' Romani. Sotto gl' Im-

(1) Tit. Liv. lib. X. cap. IX. Cremani lib. I. part. II. capitolo VIII. §. VI.

(2) Act. Apost. cap. 22. in fin.

peradori il ricettatore dell'interdetto incorreva nella pena della legge Giulia *de vi privata*. Paul. Sent. lib. V. tit. XXVI. §. 3.

Si è molto disputato se l'interdizione dell'acqua e del fuoco fosse una pena capitale. A risolvere la disputa sono indispensabili alcune notizie storiche. Fin dai primi tempi di Roma secondo alcuni, od appena espulsi i re secondo altri, si riguardarono come leggi fondamentali di Roma 1.° che niun Romano potesse esser cittadino di due città: 2.° che non potesse suo malgrado essere spogliato della romana cittadinanza: 3.° che non dovesse suo malgrado rimanere nella detta cittadinanza (1). Ciò premesso è facile il vedere che l'interdizione dell'acqua e del fuoco non potè essere dapprincipio una pena capitale, poichè se tale fosse stata si sarebbe violata la seconda delle dette leggi fondamentali. E perciò è opinione di molti eruditi, e fra gli altri dell'illustre Cremani, che nella sua origine la pena in discorso non facesse perdere la romana cittadinanza, ma bensì il condannato allora soltanto la perdesse quando si fosse ascritto ad un'altra città, nel qual caso non potea dirsi che la cittadinanza gli venisse tolta, ma piuttosto ch'egli spontaneamente l'abbandonasse: la quale opinione è confermata da molti storici documenti (2).

Scemata poi per la rilassatezza de' costumi la prisca virtù patria de' Romani, avvenne, che l'interdizione dell'acqua e del fuoco non venisse più riguardata come grave pena, perchè il condannato andando esule con tutte le proprie ricchezze facilmente consolavasi dell'allontanamento da una patria, che non era più il primo de' suoi affetti. Allora si volse l'animo ad un qualche rimedio, ma volevasi con esso non violare almeno in apparenza le leggi de' maggiori, e perciò lo si fece consistere in un vuoto giro di parole. S'introdusse adunque che i *Questori* non condannassero a pena capitale il cittadino delinquente, poichè ciò era vietato, ma il dichiarassero servo della pena. Siccome poi al servo non apparteneva il diritto

(1) Nani ad Mall. vol. 6 pag. 9. nota 5. edit. Floren. 1825.
(2) Cic. pro domo XXX. Heinec. Ant. rom. lib. I. tit. XVI. § X.

civile, così il condannato riguardavasi spogliato del carattere di cittadino romano, e come tale lo si poteva privare de' suoi beni e consegnare anche al braccio del Carnefice (1).

Non ostante però questa finzione di diritto, che faceva decadere il cittadino romano dalla sua dignità, la pena di morte presso i Romani non cominciò ad esser pena ordinaria se non sotto gl' Imperadori che succedettero ad Augusto. La storia infatti c' istruisce che l' interdizione dell'acqua e del fuoco non fu inasprita e quindi soppressa che a gradi. Cesare, giusta la testimonianza di Svetonio (2), non ardì immutarla e solo vi aggiunse la confisca della metà de' beni contro ogni interdetto, e delle intere sostanze quando si fosse trattato del delitto di parricidio. Augusto in principio la conservò, ma dopo avere assicurato il suo potere le diede l' ultimo crollo, abolendola e sostituendo in di lei vece la deportazione nell' isole, la qual cosa narrasi aver fatto a suggerimento di Livia, affinchè gl'interdetti qua e là vaganti non potessero tender insidie al di lui impero (3). Non fu peraltro che sotto gl' Imperadori succeduti ad Augusto che cessò ogni benefico effetto delle tre leggi Valeria, Porzia e Sempronia. Intanto giova avvertire, che tanto le leggi *Corneliane* emanate da Silla, e che sono riportate nel Digesto sotto il titolo *de sicariis* e *de falsis* (4), quanto le *Giulie*, emanate parte da Giulio Cesare parte da Augusto riportate anche esse nelle Pandette ai titoli *Majestatis*, *de adulteriis*, *de vi publica et privata*, *repetandarum*, *de annona*, *peculatus*, *ambitus*, non ebbero nella loro origine altra sanzione che l' interdizione dell' acqua e del fuoco, poichè Silla,

(1) Noodt. Probabil. jur. lib. 3. cap. 12.

(2) In Caesar. § 42. Non sembra vera l'opinione di Filangeri che Silla introducesse la confisca contro i cittadini condannati all' interdizione, poichè osta l'autorità di Svetonio, che nel luogo citato così si esprime — *cum locupletes eo facilius scelere se obligarent, quod integris patrimoniis exsulabant.*

(3) Dion. Cass. 39. 56. Gothofredo ad leg. 2. ff. *de poenis* lit. D.

(4) Silla fece anche delle leggi contro i rei di lesa maestà e contro le ingiurie.

Cesare ed Augusto ben s'avvidero che non potevasi tutto ad un tratto abbattere l'edificio delle antiche opinioni. Laonde sebbene in alcune leggi come nelle *10.* e *11. ff. ad Leg. Jul. de vi pub.*, e nella *5. ad Leg. Jul. peculatus* si trovino indicate promiscuamente le pene dell'interdizione, della deportazione, e della morte, come se fossero tutte sorte ad un tempo, pure è da ritenersi che alla prima successe la seconda ed alla seconda la terza coll'intervallo dei tempi da noi enunciato (1).

Ed ecco così data una rapida scorsa a tutte le vicissitudini, a cui le leggi penali dei Romani soggiacquero nei due primi periodi della loro celebre storia.

In quanto al terzo periodo basterà per ora l'avvertire che gl'Imperadori succeduti ad Augusto non solo furono prodighi della pena di morte, ma introdussero varj barbari modi di darla, come la croce, il fuoco, l'esposizione alle fiere; che Costantino per vedute di religione abolì varj crudeli supplizj; e che Giustiniano finalmente parve piegarsi a quei principj di umanità, da cui eransi cotanto discostati alcuni suoi antecessori, senza però riuscire a purgare la criminale legislazione da ogni macchia di assurdità e di soverchio rigorismo.

§. II.

Premesse le dette notizie storiche interessanti per la scienza che trattiamo, passiamo a parlare distintamente delle pene capitali riconosciute dalla romana legislazione.

Capitali dicemmo essere le pene (pag. 333.) quando tolgono o la vita naturale o la civile. Questo nome pertanto compete non solo a quelle pene che fanno cessare la terrena esistenza dell'uomo, ma anche a quelle che gli tolgono la libertà o la cittadinanza. *Inst. de capitis demin. in princ.* Esse dunque possono comodamente dividersi in due classi, cioè *in pene capitali di primo grado*, ed in *pene capitali di secondo grado.* Distinguiamo col primo nome quelle che apportano la morte

(1) Cremau. lib. I. part. 2. cap. VIII. §. VII. not. 5.

naturale: col secondo quelle che senza estinguere la vita naturale tolgono la libertà o la cittadinanza. In questo paragrafo ci occupiamo delle prime, riserbando al susseguente il trattare delle seconde.

Le pene adunque capitali di primo grado presso i Romani erano I. *il sacco di cuojo*, II. *la croce*, III. *il fuoco*, IV. *la esposizione alle fiere*, V. *il gladio*, e VI. *il ludo gladiatorio.*

I. La pena del sacco di cuojo che fu il supplizio de' parricidi viene così descritta da Modestino nella leg. 9. *ff. ad Leg. Pomp. de parricidiis* — *Poena parricidii more majorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus, deinde culleo insutus cum cane, et gallo gallinaceo, et vipera, et simia in mare profundum jactetur* —. Fa raccapricciare la viva descrizione che di questo supplizio porge il *Verri* nelle *Notti romane*. Noi senza fermarci sopra le tristi idee che eccita questa pena, nè sulle dispute che fanno gl' Interpreti per trovare il vero significato della parola *sanguineis* non che per ispiegare il motivo dell' accoppiamento di sì diversi animali, ci limiteremo a ricercare l'origine storica di tale supplizio. Molti l'attribuiscono ai primi dominatori di Roma, cioè o a Romolo o a Tazio o a Servio (1). Ma a questa opinione osta l'autorità di Plutarco, che nella vita di Romolo riferisce avere questo Monarca dato quel grande esempio di stima al suo popolo, che poi rinnovò Solone, col non decretare alcuna pena al parricidio, ed essersi per lo spazio di quasi 600. anni serbati mondi i Romani da sì orribile delitto. Altri l' attribuiscono ai Decemviri, e per verità nella tavola VII. trovavasi sanzionata siffatta pena co' seguenti termini — QVI · PARENTEM · NECASSIT · CAPVT · OBNVBITO · CVLEOQVE · INSVTVS · IN PROFLVENTEM · MERGITOR —. Ma che siffatto supplizio molto prima de' Decemviri venisse usato lo attesta Valerio Massimo nel lib. I. Cap. I. ove narra essersi dal re *Tarquinio* inflitta tal pena ad un certo *M. Tullio* Duumviro per avere consegnato a *Petronio Sabino* il libro contenente i segreti delle

(1) Gravina de jur. nat. gent. et XII. tabul. cap LXIII.

sacre cerimonie, e qui il detto Storico avverte che questa pena fu dippoi applicata ai parricidi per l'analogia che passa fra il disprezzo delle cose sacre e la violazione della vita dei genitori. Lo stesso Plutarco poi ne fa certi, che il primo a subire cotale supplizio per parricidio fu *Lucio Ostio*, che inaudito mostro contaminossi del sangue paterno nel VI. secolo dalla fondazione di Roma. Questa pena durò fino all'anno 117. dell'era volgare, e quindi fu abolita da Adriano giusta l'opinione di Eineccio (1), a confermare la quale concorre quanto dice il G. C. Paulo nel lib. V. Sent. tit. 24. §. 1. — *hi* (cioè i parricidi) *etsi antea insuti culeo in mare praecipitabantur, hodie tamen vivi exuruntur, vel ad bestias dantur* — Costantino poi la richiamò in vigore, come può scorgersi dalla *leg. unic. Cod. de his, qui par. vel lib. occid.*

II. Diodoro Siculo non a torto asserì che l'origine del supplizio della croce ha preceduto di venti secoli l'era volgare. Imperciocchè dalle Sacre Carte apparisce che al giungere di Giuseppe in Egitto che è quanto dire 1738. anni av. G. C. già era in uso presso quel popolo cotale supplizio (2). Esso fu praticato anche dagli Ebrei (3), dai Persiani (4), e secondo il citato Diodoro dagli Indiani e dagli Assirj (5). Fra i Romani il primo forse a farne uso fu Scipione contro quei soldati disertori che durante la guerra Punica erano passati al campo de' Cartaginesi (6). Sotto gl'Imperadori poi divenne la pena ordinaria de' sediziosi e de' ladroni, come apparisce dalla *leg. capitalium* §. *15.*, e dalla *leg. 38. Si quis aliquid* §. *2. ff.* de *poenis.*

E sebbene queste due leggi non parlino *di croce*, ma di *forca*, pure è a sapersi che ciò avvenne per fatto di Triboniano, che nel compilare le Pandette alla parola *croce* sostituì

(1) Antiq. rom. lib IV tit. 18. §. 62.
(2) Genes. XL. 19. et 22.
(3) Josue VIII 29.
(4) Esther V. 14. VII. 10.
(5) Diod. Sicul lib 2. §. 1. et 18.
(6) Val. Max. II. 2, num. XI.

il vocabolo *forca* per esser coerente alla disposizione di Costantino che nell'anno circa 324. abolì il supplizio, di cui parliamo, in riverenza del segno della nostra redenzione. Parlando poi individualmente di queste due leggi può aggiungersi in quanto alla prima ciò che avverte Gotofredo commentando la *leg. capitalium ff. de poenis*, cioè che — *crux et furca sunt res diversae*: *cruci criminosi figuntur*, *furcae vero suspenduntur* —, per cui è manifesto che quella legge nel §. 15. non diceva come oggi si legge *famosos latrones furca figendos*, ma bensì *crucifigendos*. Ed in quanto alla seconda ecco come la riporta il G. C. Paulo nel *lib. V. tit. 22. recept. sent.* — *auctores seditionis et tumultus concitato populo, pro qualitate dignitatis, aut in crucem tolluntur, aut bestiis objiciuntur, aut in insulam deportantur.* —

A nulla ommettere poi in questa materia avvertirò di volo che tre specie di forca si conobbero presso i Romani, di cui la prima propria de' servi consisteva nel legare il loro collo al timone di un carretto ed obbligarli a girare così foggiati per la città proclamando il loro fallo, la seconda in un legno bicorne nella cui congiunzione legavasi il collo del reo per quindi estinguerlo co' flagelli, la terza in tre legni, due dei quali perpendicolari, il terzo orizzontale al quale legavasi il collo del reo per quindi strangolarlo. Fu quest'ultima (conosciuta sotto il nome di *laccio*) che Costantino sostituì alla croce, derogando così alla *leg. 8. ff. de poenis*, che proibiva la pena dello strangolamento (1).

III. La pena del fuoco, che per quanto raccogliesi da Paulo *sent. lib. V. cap. 23.* estimavasi più grave dell'esposizione alle fiere, fu in origine il supplizio degl'incendiarj (*leg. 9. ff. de incend. ruin. nauf.*), e talvolta anche de'sacrilegi (*leg. 6. ff. ad leg. Jul. peculatus*), e sotto Costantino applicossi a quelli, che insegnavano ad insidiare con arti magiche l'altrui vita. *Leg. 6. Cod. de mal. et mathem.* (2).

(1) Ant. Matt. ad lib. XLVIII. ff. tit. XVIII. cap. I. §. 2.

(2) Questa legge dice — *feralis pestis absumat* —, parole che come dimostra il Gotofredo significano la pena del fuoco.

IV. Passando a parlare dell'esposizione alle fiere, è d'uopo sapere che questo supplizio distinguevasi in *objezione alle fiere*, *condanna alle fiere*, e *condanna al ludo venatorio*. La prima (*objectio bestiis*) consisteva nel fare scendere il reo nudo nell'anfiteatro, nel legarlo ad uno stipite, e quindi abbandonarlo ai morsi laceratori delle fiere. Nella seconda (*damnatio ad bestias*) il reo non veniva legato, ma tuttavia seminudo ed inerme esponevasi alle fiere, e se per un prodigio di valore le superava, non faceva che differire la propria morte, poichè entro un anno doveva ad essa soccombere. Nella terza (*damnatio ad ludum venatorium*) il condannato veniva munito di stocchi, aste e freccie per combattere le fiere, e se riusciva più volte vincitore veniva, secondo l'opinione del Fabro (1) a cui aderisce il Cremani (2), liberato dalla pena e fors' anche riammesso gradatamente fra i cittadini mediante il dono prima del *rude* (bastone nodoso) che lo abilitava ad essere maestro de' gladiatori, quindi del *pileo* (berretta) che era il segnale della riacquistata libertà.

A ciò appunto dee riferirsi quanto dice il G. C. Ulpiano nella *leg. 8. ff. de poenis*, cioè — *quicumque in ludum venatorium sunt damnati videndum est an servi poenae efficiantur . . . . . . Et magis est ut hi quoque servi efficiantur : hoc enim tantum distant a coeteris quod instituuntur venatores, pyrrhicharii, aut in aliam quam voluptatem gesticulandi vel aliter semovendi gratia* —. Dal che si vede che la condanna al ludo venatorio toglieva la libertà, sebbene coll' andar del tempo ne potessero cessare gli effetti.

V. La pena del *gladio* nella sua origine non dovette essere che l'amputazione del capo, della quale fa espressa menzione il G. C. Callistrato nella *leg. Capitalium ff. de poenis*. Su di che è a sapersi che succeduti ai Re i Consoli fu introdotto che i rei venissero prima battuti con verghe dai Littori e quindi percossi colla scure, lo che fu il supplizio dei figli

(1) Semestr. lib. 2. cap. XI.
(2) Lib. 1. part. II. cap. VII. §. V.

di Giunio Bruto. Dippoi sia che ciò paresse troppo grave, sia che sembrasse disdicevole alla romana dignità, fu introdotto d'irrogare la morte colla spada, cioè mediante la recisione del capo. Finalmente sotto gl' Imperadori i condannati al gladio dovevano battersi nell' anfiteatro o co' gladiatori o cogli altri condannati, ma benchè riuscissero vincitori soggiacevano alla morte entro un anno (1).

VI. Finalmente i condannati *al ludo gladiatorio* dovevano anch' essi duellare co' gladiatori o con gli altri condannati, ma se per un triennio rimanevano sempre vittoriosi ricevevano il *rude*, e con esso prestavano per altri due anni il servizio nell' anfiteatro come maestri de' gladiatori, e finalmente veniva loro donato il *pileo* e riacquistavano la libertà.

E qui potrebbe sorgere il dubbio se i condannati al ludo gladiatorio divenissero servi della pena. Su di che conveniamo coll' Anton Matteo che opina affermativamente poichè, se questa pena esponeva il condannato alla morte, è molto probabile che la precedesse quella fittizia servitù della pena, di cui nell' antecedente §. abbiamo dimostrata l'origine. Dipiù il G. C. Paulo nel *lib. V. sentent. cap. 17.* pone il ludo nella stessa categoria della condanna ai metalli (2) la quale toglie la libertà, onde la regola di analogia ci detta che simile effetto sorgesse ancora dalla condanna al ludo gladiatorio.

Chiuderò questo §. coll' avvertire, che i mezzi d'arrecare la morte espressamente vietati dal Diritto romano erano il veleno (allontanandosi in ciò dall' uso degli Ateniesi), la scure, il dardo, il laccio, le verghe, i tormenti espressamente proibiti come pena (3), la dejezione dalla rupe (4), e la con-

(1) Cremani loco citato §. VI.

(2) Ecco le parole di Paulo — *Summa supplicia sunt crux, crematio, decollatio. Mediocrium autem delictorum poenae sunt metallum, ludus, deportatio. Minimae relegatio, exilium, opus publicum, vincula.*

(3) Leg. *aut damnum* 8. ff. de poenis.

(4) Leg. *si diutino* 25. ff. de poenis.

danna a perire d'inedia (1), sebbene il secondo, quarto, quinto e settimo genere di morte siansi in alcune epoche usati.

§. III.

Ora volgiamo un rapido sguardo alle pene capitali di secondo grado. Esse erano le condanne I. *in metallum*, II. *in opus metalli*, III. *in opus publicum perpetuum*, e IV. la *deportazione*.

I. e II. Fra la condanna *in metallum* e quella *in opus metalli* non vi era altra differenza se non se che nella prima i condannati erano caricati di più gravi catene, nella seconda di più leggiere (2). Si l'una che l'altra condanna però doveva farsi in perpetuo, e perciò in entrambe il reo perdeva non solo la cittadinanza, ma anche la libertà. Che se un Giudice per ignoranza avesse pronunciata alcuna delle dette due condanne non in perpetuo, ma a tempo, in tal caso il reo conservava la libertà e perdeva solo la cittadinanza (3).

III. La condanna *in opus publicum* poteva farsi sì in perpetuo che a tempo. Nel primo caso il reo perdeva la cittadinanza, ritenendo però la libertà, come espressamente si dice nella *leg. 17. ff. de poenis:* nel secondo caso il condannato conservava anche la cittadinanza, come afferma Callistrato nella *leg. 28. in princ. ff. eodem.* Taluno forse potrà credere che la perpetua condanna all'*opus publicum* facesse perdere la libertà, deducendolo *a contrario sensu* da quanto dice la detta legge 28. §. *Divus: hujus enim libertas manet, quamdiu etiam ii, qui non in perpetuum opus damnantur*; ma è a sapersi che la negativa NON in questa locuzione fu intrusa per errore de' scrittori, e difatti nella edizione Fiorentina ed in quella di Frankfort colle note di Gotofredo la detta negativa

(1) Leg. *non etiam* 10. ff. de interd. et releg. Questa legge manca in alcune edizioni. Conti e Cujacio la trassero dai Basilici.

(2) *Leg.* 8. §. 4. *inter eos ff. de poenis.*

(3) *Leg.* 28. §. 4. *Divus ff. de poenis.*

trovasi inchiusa fra le parentesi: nei Codici greci poi (1) ed in varj autentici manoscritti manca affatto.

Qui è d'avvertirsi che le femmine, per le quali sarebbe stata insopportabile la condanna ai metalli ed all'opera metallica, venivano condannate *in ministerium metallicorum*, cioè a prestare un ajuto a quelli che lavoravano nelle miniere. Simile condanna poteva farsi tanto in perpetuo quanto a tempo: nel primo caso perdevano la libertà, e perciò i figli nati da esse non erano liberi eccetto che fossero stati concepiti prima della condanna (2): nel secondo caso conservavano la libertà e secondo alcuni anche la cittadinanza (3).

IV. Dicemmo nell'antecedente §, che la deportazione fu sostituita da Augusto all'interdizione dell'acqua e del fuoco. Anche in ciò si procedette a gradi. Dapprima Augusto stabilì che gl'interdetti non potessero dimorare nel continente, e neppure nelle isole distanti meno di 50. miglia dal continente, eccetto Coo, Rodi, Sardegna e Lesbo, e nel tempo stesso ordinò che andando in esilio non potessero portar seco loro più di una nave da carico di mille anfore e due galee, e fosse il loro seguito limitato a venti persone fra liberi e servi, e la loro ricchezza a 500000. *nummi* (4). In seguito i deportati,

(1) È noto che qualche tempo prima di Basilio il Macedone furono tradotte in greco le leggi romane, cioè le Pandette da Taleleo, le Istituzioni da Teofilo ed il Codice da incerta persona. È noto pure che il detto Imperadore fece redigere in 40. libri un corpo di leggi tratto dalle suddette traduzioni, il quale tuttora porta il suo nome, e che dal suo figlio e successore Leone fu aumentato di altri venti libri. Questa è la collezione che suole indicarsi col nome di Codici greci, e talvolta con quello di *Basilici*.

(2) Leg. 4 Cod. de poenis.

(3) *Et si quidem in perpetuum fuerint damnatae, quasi servae poenae constituuntur, si vero ad tempus damnantur, retinent civitatem.* Così si esprime la *leg.* 8. *ff. de poenis* secondo varie edizioni: ma nella parigina del 1533. si legge *amittunt civitatem*.

(4) Il nummo corrisponde a fiorini sette e mezzo. Vedi Nieupoort Rit. roman. pag. 420.

premessa la confisca de' beni, venivano legati, posti su di una nave, e scortati dai servi publici erano tradotti in quell' isola ove dovevano in perpetuo rimanere (1). Opina il Cremani che malgrado l' introdotta deportazione non cessasse affatto la interdizione dell' acqua e del fuoco, ma per qualche tempo si continuasse a farne uso contro alcuni rei di delitti non gravissimi.

Qui suole ricercarsi se la deportazione portasse seco la massima o la media diminuzione di capo. E che portasse soltanto la media lo dice espressamente Marciano nella *leg. 17. ff. de poenis*. Peraltro alcuni oppongono le parole di Callistrato nella *leg. 5. §. 3. ff. de extraord. cognition.*, cioè — *consumitur vero (existimatio) quoties magna capitis minutio intervenit, id est cum libertas adimitur, cum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit* Ma in questo testo avverte il Gotofredo, che deve leggersi *media* invece di *magna* e *idem est* invece di *idest* giusta la correzione di Zoaneto, ed allora il senso di Callistrato è il seguente. *L'estimazione rimane distrutta quando interviene la media diminuzione di capo. Lo stesso accade quando si toglie la libertà, quando s' interdice l' acqua ed il fuoco, lo che si verifica nei deportati*: cosicchè la seconda parte del testo consiste in due esempj tra loro disgiunti. In questo modo si esime Callistrato da un errore, avendosi da Giustiniano nelle Istituzioni lib. I. tit. XVI. §. 2. — *minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, quod accidit ei, cui aqua et igni interdicitur, vel ei qui in insulam deportatus est.* — Perciò l' Anton Matteo, l' Eineccio ed altri dottissimi interpreti stanno all' autorità di Marciano.

§. IV.

Passiamo ora alle pene afflittive non capitali sì dirette che indirette conosciute presso i Romani.

(1) Cremani loco citato cap VIII. §. VII.

Le dirette erano I. *il marchio*, II. *l'amputazione delle membra*, III. *la flagellazione* e IV. *la fustigazione*. Le indirette erano V. *la rilegazione* e VI. *i vincoli*.

I. Il marchio (*stigmatis inustio*) fu adottato dai Romani contro i calunniatori in forza di una celebre legge, di cui fa menzione Tullio nell'orazione *pro Sexto Roscio*. Essa da alcuni viene chiamata *Memmia*, e da altri (fra i quali Antonio Agostino, Cujacio e Duareno) *Remmia*; ma il fatto sta che ignorandosene l'autore ne rimane dubbio anche il vero titolo. Prescriveva questa che s'imprimesse mediante ferro rovente sulla fronte de' calunniatori la lettera K iniziale a quei tempi della parola *calumnia*; d'onde nacque l'espressione *homo non integrae frontis*, che i latini adoperavano contro quelli cui ritenevano capaci d'incolpare altrui falsamente (1). Costantino Magno proibì di ciò fare in riflesso che fosse cosa indecorosa notare l'umana fronte fatta ad imagine della celeste bellezza, e quindi ordinò che il marchio si facesse nelle mani o ne' piedi del colpevole (2). Prima di Costantino impiegavasi il marchio anche contro i servi che avessero tentato di fuggire dal padrone, ai quali imprimevasi in fronte la lettera greca Φ, affinchè ognuno che gl'incontrasse ne fosse per così dire il custode (3). La legge proibitiva di Costantino estinse anche questo barbaro uso.

Ma poichè il marchio si vide sul principio del corrente secolo ricomparire in un Codice, che pel tempo, in cui sorse, avrebbe potuto essere, ma non fu, modello di civile prudenza (4), non sarà inopportuno l'investigare se questa pena offra

(1) Gravina de legib. cap. 108.

(2) Leg. 11. Cod. Theodos. de poenis.

(3) Cremani, loco citato cap. IX. §. IV. nota 5.

(4) Il Codice dei delitti e delle pene pel Regno italico, che è una pretta traduzione del Codice francese. Da Italiani dottissimi era stato compilato un progetto di Codice penale per l'Italia, che ecclissava il lavoro fatto in Francia. Chi allora teneva in pugno la somma delle cose ricusò la sanzione al progetto italiano per la velleità di governar due Nazioni con una sola legge.

veramente quei caratteri di giustizia e di opportunità politica, senza cui le pene non sono che un prodotto o del capriccio o della tirannide. Per procedere regolarmente nella ricerca bisogna distinguere. O questa pena si adopra isolatamente o congiunta ad altre: nel secondo caso o la pena cui il marchio si aggiunge è temporanea o è perpetua.

Se il marchio s'inflige isolatamente non può essere la pena nè dei delitti leggeri, nè de' mediocri, nè de' gravi. Non dei gravi perchè l'uomo rotto ne' vizj e delitti il prenderebbe a gabbo pensando, che per un passaggero dolore, comecchè associato ad una permanente infamia, potrebbe appagare i suoi più feroci desiderj e cogliere quell'attraente frutto, che le ree coscienze pur troppo ravvisano ne' gravi misfatti. Non dei delitti leggeri e mediocri, poichè porterebbe seco l'assurdo che espiato il delitto mediante la pena, rimarrebbero tuttora le tracce della pena stessa, e tracce infamanti, poichè l'essere notato dalla mano del carnefice non può non arrecare infamia. Dippiù l'infamia perpetua per un delitto non meritevole di pena perpetua non solo è uno squilibrio nella proporzione fra il delitto e la pena, ma ancora sopprime gl'incitamenti all'emenda del delinquente, la quale benchè non sia lo scopo primario delle criminali sanzioni non deve però, come altrove notammo, perdersi di vista dal Legislatore in tutti que' casi, in cui egli può conciliarla col publico esempio.

Se il marchio si congiunge con le pene temporanee, offre gli stessi inconvenienti. Se poi si congiunge con le pene perpetue, diventa una inutile atrocità. Quale infatti ne potrebbe essere lo scopo? L'uno o l'altro di questi due: o di rendere infame il condannato, o di aggiunger pena a pena nella lusinga di dar forza più terrifica e più efficace al castigo. Vano però è il marchio sì per l'uno che per l'altro scopo. Vano pel primo, poichè posto il principio che l'infamia non deve decretarsi se non ad azioni ritenute per tali dalla publica opinione, chi dirà non esser sufficienti a convalidare l'infamia di fatto la sanzione con cui la legge proclama infamante il delitto, e la dichiarazione del tribunale, che nel condannare

a pena perpetua il reo lo promulga decaduto per sempre dalla publica stima? Sarà necessario per far parlare la legge, che il carnefice scriva la di lei volontà con ferro rovente sulle carni del condannato? Sarà atto dignitoso di un Codice il marchiare gli uomini, come si marchiano le bestie destinate al macello? Lungi da noi sì barbara idea. Vano poi è il marchio pel secondo scopo, poichè tale e tanta è la forza terrifica della schiavitù perpetua che assorbe ed annulla il dolor passaggero del marchio, cosicchè l'arrogere questo a quella sa di tirannide e non altro.

Vi fu chi volle sostenere esser utile il marchio nelle pene perpetue per rendere più difficile la fuga dei condannati, miserabile pretesto che non giustifica mai l'uso di un mezzo doloroso per ottenere un effetto a cui con mille altri mezzi si può aggiungere. Ma dato il caso che questo espediente impedisse la fuga di uno o due condannati fra il numero di 2000., questo meschino vantaggio potrebbe mai giustificare il dolore fatto soffrire a 2000. individui? Del resto in oggi sono moltiplicati a tal segno i vincoli che impediscono il vagare delle persone sospette, sono sì facili i mezzi di ricognizione, che l'arrogervi un segno visibile sul corpo dei condannati è un degradare l'umana specie senza necessità alcuna (1).

II. La mutilazione pena usata, como avverte il Pastoret, nella China, nel Regno di Siam, in Egitto ed in altri governi dispotici, lo fu ancora nei tempi meno felici dell'impero romano. Appena s'introdusse in Roma il costume di accusare i rei di furto *extra ordinem* (leg. 56. et 92 ff. *de furtis*), vidersi i Giudici, abusando dell'arbitrio loro concesso dalla legge, castigare i ladri colla mutilazione di ambe le mani, e talvolta anche con la morte: lo che venne poi proibito da Giustiniano colla Nov. 134. cap. ult. Ma questo Imperadore che vantossi con questa sua costituzione di volere raddolcire le pene, si contentò di proibire l'amputazione di ambe le mani

(1) Vedremo in breve che la legislazione Gregoriana ed il Codice toscano hanno escluso il marchio dal novero delle pene.

e di ambi li piedi, ma lasciò sussistere l'amputazione di una mano nei casi ov'era prescritta la recisione di ambedue. Conservò in vigore la legge di Costantino che prescriveva l'amputazione del piede contro quei servi che venivano sorpresi nell'atto di fuggire presso le Nazioni straniere. *Leg. 3. Cod. de servis fugit.* Prescrisse finalmente il taglio della mano contro gli esattori che non esprimessero nei loro libri la giusta quantità dei *zigocefali* (1), non che contro qualunque persona che avesse trascritto i libri di Nestorio (2). *Nov. 17. cap. 8.*, *et Nov. 42. cap. 1.* Proclive a questa pena mostrossi pure l'Imperadore Leone che ordinò la mutilazione del naso contro i complici del ratto eseguito a mano armata, e contro non meno l'adultero che l'adultera *Nov. Leon. 32. et 35.* Tali sono gli esempj che l'impero romano offre di questa pena.

Ma gl'inconvenienti che esponemmo per riprovare la pena del marchio quasi tutti ascriver si possono anche alla mutilazione. Questa offre di più lo sconcio che rende per l'ordinario inetto a se stesso ed alla Società quello contro cui viene applicata. Saviamente osservò il *Pastoret* che la mutilazione è una pena propria dei Governi dispotici, nei quali si cerca non la via giusta ma la via facile di punire. Invano si direbbe per difendere questa barbara pena che essa talvolta toglie il poter fisico di nuocere, come allorquando vengono recise le mani al ladro. Il magistero penale non è una difesa individuale diretta contro il solo reo, ma contro ognuno in genere cui potesse venire in capo di delinquere. Nulla dunque si è conseguito quando si perviene a difendersi contro un determinato reo, e seppure ciò potesse chiamarsi un vantaggio, questo verrebbe assorbito e distrutto dallo sconcio di eccitare, oltraggiando l'umanità, il fremito de' cittadini contro la legge.

III. e IV. Callistrato nella *leg. 7. ff. de poenis* enumera

(1) Parola d'origine greca, che significa *i capi de' giumenti legati al giogo.*

(2) Eretico, che negava l'unione ipostatica delle due Nature in G. C., e sosteneva esservi nel medesimo due persone.

le pene corporali minori in questi termini: *veluti fustium admonitio, flagellorum castigatio, vinculorum verberatio*, ove al Binkersoek piace di leggere invece *vinctorum verberatio*. Da questo testo apparisce che i Romani usavano come pene di medio genere la flagellazione e la fustigazione. La differenza fra queste due pene era che la prima facevasi a corpo nudo e con flagelli talvolta anche piombati, giusta il Cremani: la seconda facevasi a corpo non nudo e con verghe: dipiù la prima era propria de' servi, la seconda de' liberi purchè di tenue condizione. L'una e l'altra talvolta cumulavasi con altra pena, come i vincoli o l'opera publica (1); ma la fustigazione isolata davasi per lievi delitti in via *correzionale* (2). Sulla inopportunità politica di queste due pene può vedersi quanto fu detto alla pag. 336.

V. Pena afflittiva indiretta era la rilegazione, la quale facevasi o coll' assegnare al condannato per suo domicilio un'isola, o coll'interdirgli in tutto o in parte il territorio della sua patria, concessagli facoltà di vagare altrove. Dipiù questa pena poteva infligersi tanto a tempo quanto in perpetuo. *Leg. 6. relegatorum ff. de interd. et releg.* La rilegazione non toglieva nè la libertà, nè la cittadinanza. A provare la qual cosa sogliono alcuni scrittori citare l'autorità di Ovidio che nel lib. V. Trist. Eleg. XI. rattempra il proprio dolore col riflesso di essere stato *rilegato* e non *esiliato*, ossia non ispogliato delle civiche prerogative. Ma non so perchè ricorrasi a qnest' autorità, e non piuttosto a quella di Marciano che espressamente lo dice nella *leg. 4. ff. de interd. et releg.*

La pena della rilegazione come pena cronica è utilissima ed adattata a qualunque sistema di prudente legislazione.

VI. Finalmente altra pena indirettamente afflittiva nel Diritto romano erano i vincoli. Distinguevano i Romani i vincoli dal carcere, poichè questo non consisteva che in una mera custodia diretta ad impedire la fuga del reo, quelli erano la pena dei delitti non gravi. *Leg. 8. §. solent. ff. de poenis.* Era

(1) Leg. 10. ff. de poenis.
(2) L. 28. §. 3. ff. de poen. l. 12. ff. de decur.

poi espressamente proibito di condannare un uomo libero ai vincoli in perpetuo: *leg. 35. ff. de poenis: leg. 6. Cod. eodem*, e ciò appena permettevasi contro i servi, come apparisce dalla detta legge del Codice, e dalla *leg. 8. in fin. digestis de poenis.*

La pena che in oggi corrisponde ai vincoli è la detenzione.

§. V.

Sapientissimo fu l'uso che delle pene infamanti fecero gli antichi Romani. Ad ispiegare la qual cosa è d'uopo premettere che allorquando nell'anno 310. di Roma furono creati i *Censori* (1), così detti *a censendo, estimare, render giudizio*, fu loro data la facoltà non solo di ridurre a classi i cittadini in ragione della maggiore o minore loro possidenza, che così venne ad acquistare il nome di *censo*, ma anche quella di sindacare i loro costumi. In forza di questa seconda, sebbene non potessero giudicare dei delitti publici e gravi, pure avean diritto di scrutinio su quei trascorsi meno gravi e familiari che senza ledere nè direttamente nè indirettamente la sicurezza publica, preparano però a poco a poco la corruzione de' costumi. Erano soggetto della riprensione de' Censori, conosciuta sotto il nome di *nota censoria*, il poco coraggio mostrato in guerra (2), la trascurata coltivazione de' proprj campi (3), la vita celibe senza giusto motivo tenuta (4), i debiti senza necessità contratti (5), finalmente il giuramento o temerariamente o falsamente prestato (6). Narra di più Valerio Massimo che un certo *L. Antonio* fu rimosso dal Senato perchè ad onesta donzella da lui tolta a moglie intimò il ri-

(1) Nieupoort Rit. rom. Sect. II. cap. IX. §. 1.
(2) Liv. XXIV. 18.
(3) Gell. IV. 12.
(4) Val Max. II. 4.
(5) Val Max. loc. cit.
(6) Cic. de offic. III. 18.

pudio senza prendere consiglio da alcun amico, e, ciò che mostra vieppiù quanto fosse autorevole il potere dei Censori, un uomo chiaro per la dittatura e pei consolati sostenuti *Cor. Rufino* fu della senatoria dignità spogliato per aver comprato dieci vasi di argento, lo che parve sentire troppo di lusso ed essere di pernicioso esempio ai cittadini.

La nota censoria però non era nè perpetua nè si grave che togliesse al cittadino notato la speranza di riacquistare la piena stima de' suoi concittadini. Tullio nell' orazione a favore di *Cluenzio* narra, che un certo *M. Valerio Messala* notato dai Censori fu poi, per la sua illibata condotta tenuta in seguito, creato esso stesso Censore. Il che offre un esempio pratico di quanto additammo come utile principio di politica alla pagina 345. di questo libro, cioè che le pene infamanti sono anch' esse suscettibili di graduazione; chè quando non lo fossero a pochissimi casi restringerebbesi la loro opportunità politica.

Ma quanto furono prudenti le repubblicane leggi su questa materia impiegando la nota censoria ad emendare i costumi de' cittadini e riserbando la piena infamia a poche azioni degne dell' abborrimento dell' intera società, altrettanto è riprensibile l' abuso che dell' infamia fu fatto sotto gl' Imperadori. Basta leggere il titolo *de his qui notantur infamia* per persuadersi che anche per condanne in questioni meramente civili, anche per lievi trascorsi poteva uno divenire infame. Il soccombere in un giudizio di società, di tutela, di mandato, di deposito, l' esser condannato per titolo d' ingiurie, il collocare in matrimonio la vedova nuora prima che spirasse l' anno del lutto apportavano l' infamia al cittadino, lo escludevano da ogni dignità, da ogni magistratura, dalla milizia, lo privavano del diritto di postulare per altri, ponevano in dubbio la sua testimonianza, e così estinguevano in lui gli eccitamenti ad essere onesto e buono (1). In una parola verificossi allora

(1) Ant. Matth. ad lib XLVIII ff. tit. 18. cap III §§. 1 et 2. Osserva quest'illustre Interprete che tutti questi obbrobriosi effetti non nasce-

quella sconsigliata prodigalità d' infamia, contro cui il Filangeri ed il Beccaria tanto a ragione declamarono.

§. VI.

Le pene pecuniarie o assoggettano il cittadino al pagamento di una determinata somma, o lo sottopongono alla perdita di una determinata parte di beni o dell' intero asse. Nel primo caso chiamansi *multe o pene pecuniarie in senso stretto*, nel secondo caso *confisca*.

Le pene pecuniarie furono conosciute in Roma anche prima dell' impero come sanzioni penali repressive delle leggiere ingiurie. Le XII. Tavole dicevano: SI · QVI · INIVRIAM · ALTERI · FAXIT · XXV · AERIS · POENAE · SVNTO. Non così può dirsi della confisca la quale, come avvertimmo nel §. I. di questo capitolo, incominciò sotto Giulio Cesare per una metà de' beni e non giunse alla totalità se non sotto gl' Imperadori.

Tutti gli scrittori declamano contro l' abuso della confisca fatto nei tempi dell' Impero. E per verità l' aver dichiarato che la confisca dei beni fosse sempre la sequela di ogni condanna capitale, benchè ciò non fosse espresso nella sentenza del Giudice (*leg. 1. ff. de bonis damnat.*), non potè certamente essere consigliato nè dall' amore di prevenire i delitti, che male si prevengono con pene *aberrative* (1), nè da uno spirito di giustizia politica, ma piuttosto da una smodata avidità d' im-

vano dalla nota censoria per cui, trattando quest' argomento come al suo istituto conveniva, avverte essere *l' ignominia* ossia la lesione della stima un nome di genere che sotto di sè comprende la *nota censoria* detta anche ignominia in senso stretto e *l' infamia*. La prima cessava tosto che il notato correggeva i proprj costumi: la seconda era sì diuturna ne' suoi effetti, che i GG. CC. disputarono seriamente se, espiata la pena, durasse tuttora, questione decisa negativamente da Papiniano nella *leg. 5. ff. de Decurion.* Vegg ansi lo stesso Anton Matteo loc. cit. tit. 19. cap. 1. §. 6. ed ivi il Nani.

(1) *Aberrativa* dicesi la pena quando colpisce col suo dolore fisico o morale esseri immuni dal delitto.

pinguare il regio patrimonio, avidita cui non serve di velo l'aver lasciato ai figli dei condannati la porzione legittima (1), ossia la metà dei beni (2).

Ma poichè questo eccessivo abuso della confisca ha troppo dell'arbitrario e dell'inumano, vediamo almeno se la innovazione introdotta da Giustiniano su questo argomento abbia portate le cose a quel punto di giustizia, da cui ogni buona legislazione non deve mai dipartirsi. Questo Principe prescrisse che non potesse aver luogo la confisca dei beni ogniqualvolta il reo avesse avuto ascendenti o discendenti fino al terzo grado, e che fosse salva alla moglie del condannato la dote e l'antenuziale donazione, ovvero in mancanza dell'una e dell'altra la porzione legittima (*Nov. 134. cap. ultim. Nov. 117. cap. V.*). Ma lasciò sussistere la totale confisca quando mancavano gli ascendenti e discendenti nel grado suddetto e la moglie, e ciò che reca maggiore stupore volle confermata contro i figli dei ribelli la fierissima Costituzione di Arcadio ed Onorio, che li condanna perpetuamente alla miseria ed alla infamia.

Qui adunque sorge la questione. La confisca limitata al solo delitto di lesa maestà acquista essa il carattere di giustizia? Un autore benemerito dell'umanità e filantropo, un autore nei cui scritti risplende quasi da per tutto la moderazione, il Filangeri, ha preso a sostenere contro altri valentissimi Scrittori l'opinione affermativa. Cresce quindi in noi il dovere di rintracciare la verità in una questione di tanta importanza.

La confisca può essere considerata sotto due aspetti: o come pena o come misura preventiva necessaria a guarentire la sicurezza publica. Esaminiamola nel primo aspetto. Ogni pena dev'essere *efficace* ed *economica* (lib. II. pag. 325. e 326.): deve cioè aver da un lato la virtù repressiva contro il delitto, dall'altro esser immune da ogni inutile eccesso. Ora per provare, che la confisca congiunta all'estremo supplizio

(1) Leg. 1. et 7. ff. de bonis damnat.

(2) Leg. 10. Cod. de bonis proscript.

non racchiuda quest'eccesso, converrebbe dimostrare che ad un uomo, cui si minaccia per distoglierlo dal delitto la morte, sia d'uopo aggiungere un'altra minaccia per viepiù atterrirlo, e che questa ulteriore minaccia operi in lui un maggior terrore della stessa morte, poichè ove ne producesse uno minore rimarrebbe questo dal maggiore assorbito e diverrebbe inutile. Ora qui si può sfidare il più arguto logico a riuscire nella prova. La confisca contro il ribelle condannato alla morte non colpisce lui stesso: essa colpisce degli esseri che gli appartengono o per immediata discendenza come i figli, o per un più remoto vincolo di sangue come i congiunti. Nell'uno e nell'altro caso il dolore della confisca pel reo non può essere che *mediato* e *riflesso*, ossia ispirato dall'amore per esseri a lui cari. Ma quando l'uomo *tutto* teme per se stesso, quando *tutto* perde in un punto, quando col lasciare la vita viene privato di tutti i beni, è possibile che più operi in lui il dolore *mediato* e *riflesso* di quello che riguarda se medesimo? Niuno ignora che il centro di tutte le umane passioni è l'amor proprio, e che i dolci sentimenti verso altrui si sopiscono quando un grave un opprimente terrore ci tiene rinserrati in noi stessi. La compassione, sentimento morale che ci fa prender parte ai mali altrui, eccitasi mai in noi quando i nostri mali superano di gran lunga quelli del nostro simile? Ma posto ancora che fra cento uomini ve ne abbia uno, il quale per eroismo d'amor paterno tema più la confisca che la morte (caso, di cui non intendiamo impugnare la possibilità) basterebbe ciò a giustificare la confisca? Il sanzionarla per tale riflesso non equivarrebbe all'abbominevole tirannia di chi per punire un padre facesse flagellare alla di lui vista il figlio?

Queste considerazioni ci portano a scorgere nella confisca un altro vizio, cioè quello dell'*aberrazione*, perchè colpisce esseri che non hanno offesa la Società. Per rispondere a questa difficoltà osservano gli Apologisti della confisca che i figli durante la vita del padre non hanno un diritto perfetto ai beni di lui, e che perciò la confisca togliendo al padre i beni pri-

ma che si verifichi il diritto di successione, non viene a ledere i diritti dei figli. Contro questo argomento osservò già l'egregio professore bolognese Gambari che con esso non si risolve la questione, ma piuttosto si converte in quest'altra: se passi differenza fra il togliere il patrimonio ai figli o toglierlo al padre nel momento che dovrebbe passare ai figli. Ma esaminiamo più addentro l'avversario argomento. *I figli non hanno un diritto perfetto all'eredità del padre:* ciò vuol dire che non hanno un *diritto acquisito*, ma bensì un *diritto in potenza*. Ora questo *diritto in potenza* è pur tale che non può togliersi senza un'azione che lo faccia perdere a quello che lo ha. Sta nei principj più inconcussi della ragione naturale che il figlio si consideri come condomino dei beni del padre, poichè il diritto d'industria competente ad ogni uomo perderebbe tutto ciò che lo rende sì prezioso e sì conforme al ben essere universale, se si togliesse di mezzo il diritto di successione tra padre e figlio. Ben conobbero questa verità i Giureconsulti e Greci e Romani che chiamarono i figli *heri minores* ed affermarono con tutta verità che tra padre e figlio vi è continuazione non passaggio di dominio. Dunque è un vero cavillo il dire che, perchè il diritto di successione de' figli non è perfetto, non si fa loro ingiuria col privarneli.

Insistono però gli avversarj e dicono: che ne verrebbe se il padre dissipasse per prodigalità tutto il suo patrimonio: che ne verrebbe se con un contratto azzardoso di commercio perdesse tutti i suoi capitali? Non equivale ciò all'atto ingiusto con cui il ribelle cospirando contro il Governo espone se stesso e i suoi discendenti alla perdita di tutti i suoi beni? Rispondo brevemente. Allorchè il padre di famiglia è prodigo, la legge riguarda per così sacro il diritto dei figli al patrimonio paterno, che accorre in loro soccorso, deputa un curatore al prodigo genitore e gl'impedisce così la dissipazione delle sostanze: altro argomento che dimostra quanto è vero, reale e incontrovertibile il diritto dei figli sul paterno asse. Quando poi il padre con un contratto azzardoso di commercio arrischia e perde i proprj capitali, egli fa un atto lecito perchè

permesso dalle leggi, ed è ben giusto che i figli e congiunti sentano le conseguenze di un atto lecito intrapreso dal loro autore, poichè come avrebbero legittimamente lucrato se l'atto stesso avesse avuto un esito felice, così debbono soggiacere alla perdita in caso di sinistro risultamento. Non è così quando si tratta di atti vietati ossia di delitti. Il demerito di questi è tutto personale e non può trasfondersi negli eredi. Ritorna qui l'inconcusso principio che il magistero penale è un magistero di difesa, e che per esser tale la pena deve colpire chi è reo, non chi è innocente.

Vediamo ora l'altra parte dell'ipotesi, ossia se la confisca possa giustificarsi sotto l'aspetto di misura preventiva necessaria a guarentire la sociale sicurezza. I figli del ribelle, dicono alcuni, devono presumersi nemici del Governo: lasciando loro i beni si serviranno di essi per attentare contro il Principato e vendicare la morte del padre. Questo fu pur troppo il ferreo argomento che dettò ad Arcadio ed Onorio la ferale costituzione riportata nel Codice *ad leg. Jul. Majestatis*, leggendosi in essa a proposito dei figli del ribelle *paterno enim deberent perire supplicio in quibus paterni, hoc est, haereditarii criminis exempla metuuntur.* Ma sarà questa una ragione bastante ad imprimere alla confisca il sacro carattere di giustizia? Chi pretendesse di sostenere l'affermativa, converrebbe che prima dimostrasse, essere in diritto la società di affliggere un uomo, che niun delitto ha commesso, pel solo dubbio o timore, che sia per commetterlo. Ora l'uomo immune da delitto è innocente. L'afflizione di un innocente è orrendo oltraggio alla giustizia, è offesa della Divinità. Il diremo francamente, checchè possano altri pensarne. Noi non concediamo al consorzio civile il diritto di sacrificar l'innocente per salvarsi. Per noi non v'è male, che superi l'offesa di Dio. L'esizio stesso del corpo sociale deve preferirsi per evitarla (1). Ma

(1) Prevediamo un' obbiezione e non vogliamo lasciarla senza risposta. I dissenzienti ci diranno. Dunque, secondo i vostri principii, il Sovrano non avrà diritto di collocare una mano di soldati in un po-

che direm poi in considerando, che il pericolo del futuro delitto è incerto, remoto, destituito di fondamento a segno da potersi spesso risolvere in fallace vaticinio? I figli del ribelle, dicono, si varranno dell' asse ereditario per attentar contro il Principe. Non è più probabile che atterriti dall'esempio paterno imparino a rispettare la forza centrale, contro cui vedono essere impotenti gli sforzi? E quando fossero sì ciechi da ricalcare le sconsigliate orme paterne, nulla potrà la forza del Governo, nulla la vigilanza della Polizia, nulla lo zelo de' buoni, che ravvisando nel mantenimento di un saggio Governo la salvaguardia della felicità publica, sono tutti animati dall' interesse di difenderlo? Dunque il temuto male non è certo, ma bensì di una possibilità remota, e quel ch'è più può con altri mezzi evitarsi; dunque il virtuoso Principe non ha bisogno di sacrificare gl' innocenti per assicurare il suo trono e sul di lui labbro risuonano quelle nobili parole di Adriano: *ampliari imperium hominum adjectione potius quam pecuniarum copia malo* (1).

Ma se per le ragioni fin qui dette i beni di qualunque

sto pericoloso per far servire i loro petti di propugnacolo contro il nemico, che minaccia la patria, e così salvar questa dallo sterminio? Se non potete negarci questo diritto, ecco dunque, che la Società ha diritto di sacrificar gl' innocenti per non perire. Noi ammettiamo la premessa e neghiamo la conseguenza. Il soldato, che ha dedicato il suo braccio e la sua vita a difendere il suo paese, ha un assoluto dovere di esporla per la salvezza di questo. Il Sovrano nella fattispecie, che ci viene opposta, agirebbe in conseguenza di un tale dovere: dunque agirebbe con diritto, e il bravo militare non si dorrebbe, ma invece si glorierebbe nel suo eroismo d'affrontare la morte per salvare la patria. Ma fingete invece, che un crudele tiranno cinga d'assedio una città, e ne minacci l'esterminio se non gli viene consegnato per immolarlo un cittadino, che senza la minima colpa ha incontrato lo sdegno di lui. Noi sosteniamo, che quella città non può mandare al sacrificio l'innocente: che deve difendersi e confidare nella Provvidenza. Piacerà a questa di salvarla? Sarà splendido trionfo. Non la salverà? La *vera gloria* le sarà maggior premio ancora.

(1) Leg 7. §. 3. ff de bonis damnatorum.

condannato non debbono esser tolti ai di lui figli o congiunti, è indubitato però che questi beni passano ad essi con tutti quei pesi che sono loro inerenti. Di più è principio inconcusso della Scienza nostra che dal delitto nascono due responsabilità l'una penale, l'altra civile, la quale consiste, come più volte abbiam detto, nell'obbligo di risarcire il danno *immediato*, che derivò dal delitto. Ora se il ribelle avesse fatto nascere una sedizione, se da questa sedizione fossero derivate rapine, devastazioni, stragi a danno dei pacifici cittadini, se fossero state espilate le casse publiche, chi potrebbe impugnare che questo ribelle oltre la responsabilità penale avrebbe anche contratta la civile di risarcire i danni recati ai suoi concittadini, al suo Governo? Ecco il caso in cui al ribelle può essere tolta una porzione di beni senza lesione della giustizia, senza ingiuria ai di lui figli, senza violazione dei sani principj della politica (1).

§. VII.

Come nei delitti concorrono delle qualità estrinseche che li rendono suscettibili di varie divisioni da noi esposte nell'ultimo capitolo del primo libro, così lo stesso accade delle pene, perlochè avendo premessa la loro classazione fin dalla pag. 333. a 334. ne indichiamo ora le accessorie distinzioni dovendone far uso nel proseguimento di questo corso.

1.° In ragione adunque della vita naturale o civile, della

(1) In questo senso appunto la Gregoriana Legislazione, dopo avere nell'art. 50 del Regolamento sui delitti e sulle pene esclusa la confisca dal novero delle pene legali, ha stabilito nel successivo art. 85. che il condannato per fellonia debba colla sua porzione disponibile di beni indennizzare il Governo di qualunque danno sofferto. A fronte di questo esempio di politica giustizia si ecclissa il Codice di un moderno conquistatore, che non solo adottò la totale confisca de' beni accoppiandola alla pena di morte, ma ne estese a parecchi casi l'applicazione. Veggansi gli art. 75. 76. 77. 80. 81. 82. 86. 87. 91. 92. 93. 95. 96. e 97. del Codice dei delitti e delle pene pel già Regno italico.

quale l'uomo può per gravissimi delitti essere privato, le pene altre sono *capitali*, altre *non capitali*: quelle tolgono o l'una o l'altra vita, queste no. La pena della galera a vita presso noi è capitale perchè apporta la morte civile. Art. 57. del Regolamento sui delitti e sulle pene.

2.° In ragione del soggetto passivo, a cui possono venire applicate, altre, primieramente, sono *pene della università*, altre *pene de' singoli*. Le prime consistono in sanzioni suscettibili di essere applicate ai corpi morali, come la dissoluzione, la perdita dei privilegj ec. Alle seconde appartengono tutte le altre specie di pene.

3.° Le pene de' singoli poi sotto lo stesso aspetto suddividonsi in *proprie e comuni*: le prime sono quelle che ad un solo particolar ceto di persone possono irrogarsi, come la privazione degl'impieghi propria soltanto di chi è rivestito degl'impieghi stessi: tutte le altre diconsi comuni.

4.° In ragione del principale oggetto che la legge si propone nell'irrogarle altre sono *criminali*, altre *correzionali*, distinzione spiegata fin dal primo libro pag. 26.

5.° In ragione dell'autorità da cui emanano altre diconsi *legittime* ossiano *ordinarie*, altre *arbitrarie* ossiano *straordinarie*. Le prime sono quelle stabilite dalla legge: le seconde quelle riconosciute applicabili dal prudente arbitrio del Giudice, quando il fatto criminoso presenta alcuna di quelle circostanze intrinseche, che abbiamo enumerate ne' §§. 2.° e 3.° cap. IV. di questo libro, per cui il Giudice viene a far uso della latitudine che gli concede la legge nel determinare la pena.

§. VIII.

Otto sono le pene legali che la pontificia legislazione riconosce, cioè *1.° la morte semplice o di speciale esemplarità, 2.° la galera perpetua, 3.° la galera a tempo, 4.° l'opera publica, 5.° l'esilio, 6.° la detenzione o reclusione, 7.° la multa, 8.° la privazione e l'interdizione dall'esercizio dei publici impieghi e dei diritti civili.*

Dopo le osservazioni fatte sull' idoneità politica di quelle specie di pene che qui veggonsi enumerate, qualunque riflesso volesse ora aggiungersi sarebbe superfluo e non conterrebbe che una ripetizione del già detto. Ci sia tuttavia permesso di osservare brevemente :

1.° Che le suddette pene offrono un campo abbastanza largo per poter opportunamente proporzionare ai delitti le controspinte penali.

2.° Che saviamente veggonsi abolite tutte le pene di *dolore diretto*, come *il marchio*, *la mutilazione* ec., e quello inumano cumulo di pena *afflittiva diretta e indiretta* come il fustigare l' uomo condannato alla galera, all' opera publica ec., il che sente di ferocia e di tirannide.

3.° Che l' esilio, contro cui tanto declamarono molti Scrittori come pena il cui effetto espelle i cattivi da una Nazione per versarli in un' altra contro il diritto delle genti, non offre presso noi quest' inconveniente, in quanto che l' esilio da tutto lo Stato non si applica se non contro i forestieri che hanno commesso delitti nel nostro Stato, i quali ha tutto il diritto la nostra società di espellere e così purgarsene.

Nel Codice toscano si annoverano sette pene *comuni*, due *proprie*, e tre *accessorie*.

Le pene comuni sono 1.° la morte: 2.° l' ergastolo: 3.° la casa di forza: 4.° la carcere: 5.° l' esiglio particolare: 6.° la multa: 7.° la riprensione giudiziale. *Art. 13.*

Le proprie sono 1.° l' interdizione dal pubblico servigio: 2.° l' interdizione dall' esercizio d' una professione, che richiede matricola. *Art. 24.*

Le pene accessorie sono 1.° l' esiglio generale: 2.° la sottoposizione alla vigilanza della polizia: 3.° la confisca di oggetti determinati dalla legge. *Art. 28.*

L' indole della maggior parte di queste pene apparisce dal solo vocabolo, con cui sono enunciate. Quanto alla prima, quinta e settima è nostro debito lo avvertire 1.° che l' ergastolo s' infligge soltanto a perpetuità *art. 15.*: 2.° che l' esiglio *particolare* obbliga il condannato a stare per un tempo

non minore di due mesi nè maggiore di tre anni lontano cinque miglia dal territorio della pretura criminale del suo domicilio e dal territorio di quella del commesso delitto: *art.* 21.; e così differisce dall' esiglio *generale*, che consiste nel bando dal Granducato e si applica solo contro i forastieri delinquenti nello Stato toscano: *art.* 29.: 3.° che la riprensione giudiziale consiste in una ammonizione, adattata alle circostanze del caso, fatta in pubblica udienza dal presidente del tribunale o dal pretore secondo le rispettive competenze: *art.* 23.

Ma quello, che grandemente interessa a conoscersi, è il modo, con cui si espiano le pene restrittive di ergastolo, di casa di forza e di carcere. Lo che essendo cosa di alta importanza vi destiniamo il seguente paragrafo.

§. IX.

Era già gran tempo che deploravansi dai veri amici del bene sociale i funesti effetti della vita comune dei condannati, la quale si verifica in tutti que' luoghi, dove essi vengono impiegati in lavori di pubblico servigio. Gli sconci di tal vita comune erano manifesti e gravissimi. Accomunati più delinquenti in un sol locale è inevitabile, che si aumenti la loro corruzione. In che difatti consumano le ore di vita quelle schiere di malvagi, che il recinto di una darsena condensa in un solo luogo? Nel sostituire alla stima dovuta al buon costume, della quale sono privi, la stima dell'audacia, con cui fu praticato il vizio, nell'abbellire con iscambio di termini le turpitudini chiamando scaltrezza la frode, coraggio la violenza, galanteria la seduzione, nel menar vanto delle più abbominevoli imprese e narrar con burbanza l'astuzia, con cui furono immaginate e condotte, nello stringersi fra loro in nodi di nefanda colleganza per imprendere nuovi attentati criminosi al finir della pena, nel ferir col motteggio que' pochi, che per avventura entrassero in que' luridi luoghi col rossore sul volto, e così sfrontarli al delitto, nel bravar la pena col canto, coll' ilare aspetto, con laide facezie, nel disarmare infine per

siffatte vie la sanzione morale, la religiosa, la politica: ecco la somma degli atti, onde si compone la vita comune de' forzati appena tornano dal lavoro e in tutto il periodo di que' giorni, che per esser dedicati al divin culto li esonerano dalla consueta fatica (1).

La vista di sì lagrimevoli conseguenze fece sin dal cadere dello scorso secolo sorger l'idea, che l'espiazione delle pene afflittive indirette potesse ridursi ad un sistema cellulare ossia di separazione. Sorsero allora gradatamente gli stabilimenti di Filadelfia, di Massachusetts, e di varie altre città d'Inghilterra, della Francia e del Belgio. Se non che all'istituto specialmente di Filadelfia rimproveravasi, che avendo spinta la segregazione continua ad un estremo rigorismo era stato causa, che ne' carcerati si avverasse ben di frequente il funestissimo effetto dell'alienazione mentale. In questa condizione di cose volendosi da CHI regge i destini della Toscana far cessare da un lato il contagio morale derivante dalla vita comune de' condannati e cansare dall'altro i lagrimevoli effetti d'una troppo severa segregazione, non fallì lo intento: chè una ferma volontà congiunta al sovrano potere non trova inciampi. Fin dal 1848. si eressero quasi in via di sperimento le case penali di Firenze, di Volterra e di S. Gimignano attuate a costruzione cellulare, e quindi col *Regolamento fondamentale* del 2. giugno 1853. si ridusse a legge organica il sistema di segregazione de' condannati, accompagnandolo con quelle cautele e miglioramenti, che al cuore di savio e religiosissimo Principe la natura della cosa suggeriva, siccome andiamo ad esporre.

Ogni condannato o all'ergastolo, o alla casa di forza, o al carcere è ritenuto in separata cella. Siccome però questo sistema di segregazione diurna e notturna ha per iscopo, come si esprime la legge, *non d'impedire al condannato qualunque*

(1) Veggasi il Chiarissimo professor Mori *Teorica del Codice penale toscano pag* 21. *e seguenti*, dove con rigore logico esamina e sviluppa i gravi inconvenienti della vita comune de' condannati.

umano commercio, ma bensì d'interdirgli ogni comunicazione, sempre pericolosa, con altri condannati, così la segregazione è mitigata dalle tre seguenti disposizioni.

1.° Ad ogni condannato concedesi più volte al giorno la conversazione di persone, le quali con la forza della parola e coll'autorità dell'esempio sappiano in lui risvegliare un salutevole pentimento ed ispirargli l'amore delle virtù religiose e civili. A tale effetto, oltre il permesso di conferire co' proprj congiunti previa la licenza del direttore dello stabilimento, il condannato *riceve nella propria cella visite quotidiane dai cappellani catechisti, dai visitatori officiosi, dai maestri, dagl'impiegati della direzione, e dai graduati del corpo delle guardie.* È statuito, che una maggior larghezza di visite si adoperi verso i condannati alla carcere come pena minore della casa di forza e dell'ergastolo. *Art. 21. del citato regolamento fondamentale de' luoghi di pena.*

2.° *Tutti i condannati, che ne abbisognano e ne sono capaci, ricevono scuola tre volte la settimana di lettura, calligrafia e conteggio. Ed a coloro, che sanno leggere, il direttore dispensa libri edificanti, che riempiano qualche ora del condannato ogni giorno, e gran parte dei giorni festivi d'intiero precetto. Art. 22. dello stesso Regolamento.*

3.° *Ad ogni condannato, cui non sia impedito dallo stato di sua salute o dalle condizioni atmosferiche* è concessa *la facoltà della passeggiata quotidiana di un'ora all'aria aperta, nei piazzali separati destinati a questo esercizio. Art. 23. dello stesso Regolamento.*

Per l'adempimento di quest'ultima umanissima disposizione sono costruiti in ampii cortili tanti viali divisi fra loro da mura di doppia altezza della statura ordinaria dell'uomo ed anche più, il cui ingresso è bene assicurato da chiavistello. Il condannato vi entra al cominciar dell'ora a sè destinata, passeggia, e spirato il tempo di tale esercizio è ricondotto alla sua cella per dar luogo ad altri, che sottentrano. Gli è impedito fisicamente di vedere e conversare coi compagni, che contemporaneamente passeggiano.

Ecco mediante sì provvide disposizioni ridotte in Toscana le pene afflittive indirette ad essere al tempo stesso *mezzo* di sociale difesa e *mezzo* di emendazione pei condannati. Il pubblico sa qual grave pena è l'isolamento e la teme: il condannato nel silenzio della sua cella considera, che quella penosa solitudine è la conseguenza del suo delitto: nel concentramento dell'uomo con se stesso il rimorso sviluppa tutta la sua forza: allora egli anela come balsamo il commercio co' suoi simili: il primo, che gli si presenta, è per lui l'angelo di pace, che gli allevia le angosce. E chi è quest'Essere consolatore, che col suo aspetto gli rattempra il martoro della solitudine? È il Ministro del Dio di misericordia, che gl'istilla nel cuore quel senso salutare di penitenza, pel quale ogni male si allevia: è il deputato di carità, che gli asciuga le lagrime: è il maestro, che gl'insegna un'arte, colla quale potrà, espiata la pena, provvedere onoratamente a sè e alla sua famiglia senza darsi in braccio al delitto: è infine un superiore del luogo od un onorato militare, cui potrà esporre i suoi reclami se mai per avventura patisse dai carcerieri qualche sopraffazione. La dolce vista poi de' suoi congiunti, che non gli è taluna volta interdetta, quanto mai non gli farà bramare di non ricader più nel delitto per non viverne unqua più separato? Può, no 'l neghiamo, ad onta di sì salutevoli providenze avverarsi che ogni cento condannati abbianvi due o più d'indole sì proterva da resistere a tante spinte di emendazione. Ma ciò sarà sempre un raro morale fenomeno, e la salute di tante anime per siffatti mezzi raggiunta sarà sempre un titolo, onde le benedizioni del Cielo piovano sul Principe, che non risparmiò cure e sacrificii ad ottenerla (1).

(1) Fin dalla pagina 332. accennammo, che già nel nostro Stato è incipiente il sistema di riforma dei luoghi di pena. Ciò che in un Principato di non ampii confini, qual'è la Toscana, potè compiersi in cinque anni, richiede maggior tempo nel nostro. Ma ci è di grande conforto lo annunciare, che quotidianamente si dà opera ad allargare sì santa impresa, e ne abbiamo un recente irrefragabile documento in quanto annunciasi dalla *Civiltà cattolica* nel Vol. 1. serie 3. pag. 482.

PARTE SECONDA

CAPITOLO UNICO

Del magistero preventivo, ossia della prevenzione dei delitti conseguibile con mezzi non dolorosi.

SOMMARIO

§. I.

Varj scrittori hanno trattato l'argomento della prevenzione dei delitti conseguibile con mezzi non dolorosi. Il Filangeri la fece consistere nella perfezione della legislazione, e come quegli, la cui vasta opera abbracciava tutte le parti della medesima, si è creduto esente dall'obligo di additare in particolare il sistema preventivo. Il Renazzi vi ha destinato un capitolo che è il XIV. del 2.° libro, nel quale non può negarsi che non siano quà e là dei buoni insegnamenti, specialmente

ove consiglia a propagare l'educazione morale e religiosa, a promovere l'industria nazionale, a favorire le arti e le scienze. Aurei sono i precetti dati in proposito dal Beccaria nei §§. 41. 42. 43. 44. e 45. di quel libro, che diede sì grande impulso agli studii degli italiani sulla criminale giurisprudenza. Egli con profondo criterio ci avverte come non bisogna proibire una moltitudine di azioni indifferenti col pretesto che esser possano occasione di delitti, come le leggi esser debbano semplici e chiare, come i lumi e le scienze non nuocano ma favoriscano anzi la probità publica, come debbasi ingerir nel Consesso esecutore delle leggi l'interesse di osservarle anzichè di abusarne, come finalmente la ricompensa ai meriti e la publica educazione possono far scemare notabilmente i delitti. Ed il *Pastoret* con pochi ma filosofici tratti così si esprime — *Voulez vous prévenir les crimes? Ne favorisez pas plus certains hommes, que les hommes en général; criez un grand interet á être bon et sage: instruisez l'enfance par une education soignée, étouffez l'indolence et la paresse: rapprochez les citoyens.* Ma fin qui non vediamo che massime staccate e prive di una concatenazione sistematica. Di più tutti questi suggerimenti ci vengono dati come buoni, come utili, ma non come necessarj. Ora l'*utilità* di un rimedio non esclude l'arbitrario: la *necessità* sola include il dovere; e, per mostrare la necessità de' mezzi preventivi i delitti, bisogna risalire a principj ben più alti, e di cui non ebber ragione i detti scrittori. Era riserbato al Romagnosi l'onore di portar all'apice della perfezione la dottrina sulla prevenzione de' delitti. Egli ne ricerca le basi nell'indole dell'uomo, egli ne mostra i mezzi già predisposti dalla Natura, egli offre un completo sistema preventivo che forma un tutto concatenato e solido, egli infine non suggerisce quello che *si può*, ma quello che *si deve* fare. Anche l'illustre professore Pisano, anche l'inglese Bentham trattarono metodicamente questo interessante argomento (1), ma

(1) Il primo ripone il sistema preventivo dei delitti nella simultanea azione della *polizia amministrativa*, *antigiudiziaria*, *giudiziaria*

la restrizione data dal primo al sistema confinandolo nella polizia, il soverchio empirismo del secondo spinto fino a negare l'esistenza del diritto di natura, della morale, della nozione assoluta del giusto e dell'ingiusto hanno impedito all'uno e all'altro di dare ai proprj precetti in questa materia quella

e punitiva. L'ufficio della prima aggirasi nella coltivazione di tutti quei mezzi che rendono l'uomo più umano, più benevolo e più attaccato al vivere sociale: l'ufficio della seconda consiste nella vigilanza sulle persone sospette e sui luoghi publici, ove verificandosi un maggiore concorso d'individui possono più facilmente accadere i delitti: quello della terza è riposto nei metodi che meglio identificano i luoghi e le persone, e che rendono più difficile la fuga dei delinqnenti: quello della quarta si adempie coll'applicare le piccole pene a quei leggeri trascorsi che non debbono formare oggetto del Codice penale, e coll'esercitare una censura sui costumi del cittadino, la quale senza penetrare le mura domestiche, asilo rispettabile anche per la legge, concorra a correggerli ed a perfezionarli. Il Bentham ripone la prevenzione dei delitti in cinque specie di rimedj che egli chiama *preventivi diretti*, *preventivi indiretti*, *soppressivi*, *satisfattorj*, *e penali.* I primi consistono in quei mezzi che servono d'impedimento al delitto non commesso, come l'ammonire, il minacciare una pena, il far prestare la sicurtà di non accedere in un dato luogo, di non offendere ecc. I secondi consistono nel togliere il potere *fisico esterno* di nuocere, con che s'impediscono alcune categorie di offese sociali, come proibendo la vendita dei veleni, delle armi insidiose ec., misure onde vengono allontanate le violenze e le insidie contro le persone. I terzi consistono nel far cessare il danno di quei delitti che diconsi *cronici* come l'arresto arbitrario, l'ommissione dolosa, il famoso libello, la falsa moneta ecc. I quarti nel far prestare la riparazione del danno privato, la quale può essere o pecuniaria, o in natura, o attestatoria, o onorsria, o vendicativa, o sostitutiva, cioè quando il padre risarcisce il danno recato dal figlio ecc. Gli ultimi consistono nelle pene. Noi abbiamo creduto opportuno di dare una succinta idea di questi due sistemi, affinchè i nostri lettori, senza defraudare la debita lode ai profondi pensamenti del Professore pisano, conoscano quanto il piano da noi seguito sia più solido, più connesso, più opportuno all'istruzione di giovani destinati ad essere nella Società i sostenitori del grande edificio delle leggi.

estensione, che il soggetto esigeva. Aborrenti noi dal nefando empirismo dello inglese scrittore, ci rimaneva la scelta fra i due sistemi del Carmignani e del Romagnosi, fra' quali ci sembrò preferibile l'ultimo, come quello in cui il rigore del metodo va congiunto coll'ampiezza delle vedute. Da questo adunque abbiam tratto la maggior parte delle dottrine, che andiamo ad esporre in questo capitolo, accompagnandole con quelle rettificazioni ed ampliazioni, che era nostro debito lo apportarvi per gravi ragioni, che l'avveduto lettore potrà agevolmente desumere dalla Prefazione alla presente ristampa.

§. II.

Per procedere con ordine nella ricerca è d'uopo richiamare alcune idee sviluppate nel primo capitolo della parte prima di questo libro.

Dicemmo che il delitto avviene quando nel conflitto fra la natura istintiva e la razionale l'uomo concede la vittoria alla prima. L'arte adunque di prevenire i delitti deve consistere: 1.° nel rendere più rari che sia possibile i casi di conflitto fra le suddette due nature: 2.° nel porgere eccitamenti ed ajuti alla natura razionale per farla trionfare sopra i criminosi suggerimenti della natura istintiva. La prima impresa è tutta di esclusiva competenza della politica: quanto alla seconda, a cui oprare la politica sarebbe stata per se stessa impotente, il Creatore nella sua infinita sapienza ha disposto i mezzi opportuni a conseguirla, mezzi però coi quali la politica deve porsi in armonia per portare alla maggior possibile perfezione il sistema preventivo dei delitti. Questi mezzi sono la *sanzione della Religione*, la *sanzione dell'onore*, la *sanzione della convivenza*.

Dal sin qui detto apparisce che la politica in quanto all'ufficio di prevenire i delitti ha delle *funzioni tutte sue proprie*, e ne ha *altre*, che consistono nel *secondare i mezzi preordinati dalla sapienza dell'Ente Supremo*. Nel seguente

paragrafo andiamo ad occuparci delle prime: indi, esposti i detti mezzi providenziali, tratteremo delle seconde.

§. III.

La politica viene comunemente definita — *l'arte di ben governare.* Questa definizione, avvegnachè in se stessa giustissima, non è però tale, che basti a far comprendere in che consista quest'arte. Noi dunque definiremo la politica — *l'arte di porre in atto nell'ordine sociale i precetti del diritto di natura, servati i riguardi di opportunità, onde ne risulti la massima tutela degli individui associati congiunta al massimo loro perfezionamento.*

L'esercizio di quest'arte appartiene al Governo. Il Governo adunque ha il diritto di convertire in leggi positive tutti que' precetti del diritto naturale, che sono suscettivi d'esser muniti di una umana sanzione. Così nasce il *diritto politico*, di cui esponemmo la definizione alla pag. 17. Esso è un complesso di leggi scritte, e nella bontà di queste leggi è riposta la felicità sociale.

Bisogna qui evitare l'errore di que' Giuspubblicisti, che chiamarono la legge — *l'espressione della volontà generale.* Questa definizione non ci presenta alcun dato caratteristico della legge, non esclude l'inutile, il dannoso, ammette l'arbitrio in ogni estensione. Secondo siffatta definizione il bando decretato contro il più giusto degli Ateniesi, *Aristide*, sarebbe una legge.

Assai più rettamente il Romagnosi chiamò la legge — *la espressione dell'interesse sociale, e quindi della giusta e presunta volontà generale* (1).

Quando parlasi d'interesse sociale si esclude virtualmente l'interesse puramente materiale, e s'inchiude l'idea di giustizia. Il progetto d'incendiar le navi de' Greci, che esiste-

(1) § I. della *memoria sulle pene capitali* riportata nel volume 23. degli annali universali di statistica ecc.

vano nel Pireo, non era un interesse sociale per gli Ateniesi. Lo mostrò quel saggio, che all'iniqua proposta si oppose.

L'interesse sociale sta nell'onesta libertà d'azione dei singoli cittadini, nella loro sicurezza, nel maggior possibile perfezionamento di essi. Quando adunque la legge è la vera espressione dell'interesse sociale, quando essa così procura agli uomini que' tre supremi vantaggi, allora la maggior parte de' cittadini vedono nell'osservauza della legge essere riposto anche il bene individuale, si affezionano al governo ed agli atti di lui, ed obbediscono a questi per un motivo più nobile, che non è il timore della pena. Così si diradano i casi del conflitto fra la natura razionale e la istintiva, e così sorge un elemento repulsivo dei delitti, cui la politica dà vita senza sforzo, non altro facendo che obbedire ai precetti del diritto naturale applicato alla società.

D'altra parte per prevenire i delitti bisogna esplorarne le cause, e rimoverle. Le cause, onde tutti i delitti sono ingenerati, si riducono I. *al difetto di sussistenza*, II. *al difetto di educazione*, III. *al difetto di vigilanza*, IV. *al difetto di giustizia.* Il primo si riferisce all'*ordine economico*, il secondo all'*ordine morale*, il terzo ed il quarto all'*ordine amministrativo o politico strettamente detto.* Dal primo difetto nascono per lo più quei delitti che *immediatamente* colpiscono le cose, *mediatamente* le persone. Dal secondo ordinariamente derivano quei delitti che colpiscono *immediatamente* le persone. Il terzo ed il quarto servono d'incitamento ad ambe le suddette classi di delitti. Ora egli è preciso dovere della politica il rimuovere tutti quattro i surriferiti difetti.

I. Nell'ordine economico l'arte principale del Legislatore deve consistere nel far circolare più che sia possibile il rappresentativo delle ricchezze. Il danajo nello Stato, dicono i publici Economisti, è quello che è il sangue nel corpo umano: se circola liberamente e si diffonde per tutte le membra, si conserva la salute ed il vigore: se arrestasi o si ristagna in qualche parte ne sorge la malattia e talvolta la cancrena e la morte. Ad ottenere poi la più completa diffusione del danajo

nello Stato è d' uopo promuovere la personale industria, stabilire equamente i tributi, i quali anch' essi sono un mezzo, per cui il denaro va al centro, e dal centro rifluisce nelle diverse parti del corpo sociale, ripartire in modo convenevole le successioni fatte di pubblico diritto, abolire ogni servitù da persona a cosa, o da persona a persona, reprimere l' ozio volontario, e soccorrere l' incolpabile indigenza. Vediamo come la politica può adempiere a tutti questi doveri.

L' uomo non depravato è portato naturalmente all' industria. L' amore dei comodi della vita che può unicamente procacciarsi coll' ampliare il suo stato economico gli dà il primo impulso all' industria, e quand' anche giungesse ad uno stato che nulla gli rimanesse per se medesimo a bramare, sorge in lui il desiderio di provvedere alla posterità, lo che gli serve di seconda e indefinita spinta alla vita industriosa. Questo desiderio costituisce ciò che il Romagnosi chiama *legge delle aspettative*, d' onde sorge il sistema di *permanenza e continuità economica*, per la quale le azioni e le eccezioni si trasmettono in modo come se le persone fossero immortali.

Egli è nella vita agricola e commerciale (unica situazione nella quale si verifica il buon vivere sociale) che le spinte all' industria esercitano la loro massima forza. In questa situazione, se la natura non è contrariata dall' arte, il sistema economico di ciascun individuo va sempre crescendo, e ben di rado si verificano *reversioni*, le quali, essendo uno sconvolgimento dell' ordine della natura, producono la desolazione delle famiglie e quindi i delitti. Ma come può concepirsi, dirà taluno, questo continuo accrescimento di fortune, senza che ne derivi un ammasso di ricchezze in una parte degli aggregati fatale al restante de' cittadini? La difficoltà svanisce per chi riflette all' ordine delle successioni, per cui le ricchezze di uno si ripartono in più, e questi poi ricominciano il loro ordine d' industria fino al maggiore incremento per cedere poi anch' essi il luogo ad un numero di posteri che faranno altrettanto. Ed eccoci entrati senza avvedercene a dimostrare la necessità di ripartire equabilmente le successioni e

di restringere con savii ordinamenti i maggioraschi e i fidecommissi, che troppo dilatandosi inceppano il commercio e fanno violenza all'economia della natura (1).

Ora senza parlare de' tributi, che troppo ci dilungherebbe dal nostro cammino, nè delle servitù da persona a cosa e da persona a persona entrambe ignote al mezzogiorno della Europa, tratteremo brevemente della repressione dell'ozio volontario e dei soccorsi dovuti all'incolpabile indigenza.

Narrasi da Erodoto che Amasi re di Egitto fece una legge, per la quale ciascun cittadino era costretto a giustificare in ogni anno presso un publico Magistrato con quali mezzi procacciasse a se medesimo il sostentamento. Lo scopo di questa legge era la repressione dell'ozio volontario. Siffatta misura presa nella sua generalità non potrebbe assolutamente presso noi adottarsi: può solo praticarsi verso quegli oziosi, di cui ignorasi il genere di vita. Ma non mancano altri mezzi per ottenere lo scopo della suindicata repressione.

Per reprimere l'ozio volontario conviene erigerlo in delitto. Ma per erigerlo in delitto conviene far sì che al bramoso

(1) Nel Governo monarchico non si può non permettere alle più antiche e cospicue famiglie, dalle quali si traggono i grandi Dignitarii del Principe destinati a cooperare al lustro del trono, di mantenere o istituire de' maggioraschi, affinchè l'ordine naturale delle successioni coll'andar de' secoli non ne attenui l'opulenza a segno di estinguerne lo splendore. Ma questa eccezione nè toglie la regola di sopra da noi esposta, nè produce gl'inconvenienti sopra indicati, quando sia regolata da savie leggi. L'immortale Pio VII. diede colla sua legislazione un esempio pratico di quanto qui accenniamo. Nell'art. 133 del Moto Proprio 6. luglio 1816. restrinse l'esistenza legale de' fidecommissi a quelli, che consistessero in immobili *superiori* al valore *di scudi quindicimila*. E' anche opportuna l'istituzione de' fidecommissi quando trattasi di raccolte di statue, di pitture, di monumenti antichi, d'istromenti o macchine di fisica od altre scienze ecc. per impedire che passando in dominio di più coeredi si sminuzzino e si disperdano con jattura delle arti o delle scienze e con detrimento del lustro della Nazione. A ciò provvede il §. 40. del vigente *Regolamento legislativo e giudiziario*.

di lavoro non manchi modo, onde impiegar le sue braccia. Abbiansi adunque dei publici Opificj, nei quali sia lecito a ciascuno prestar l' opera sua per un corrispondente salario. Ciò non dovrebbe importare un aggravio allo Stato: il prezzo de' lavori non potrebbe non essere equivalente se non superiore alla spesa.

Un' altra osservazione qui ci si presenta. Tutto giorno avviene la condanna di qualche cittadino a pena temporanea per delitti non gravi ma infamanti. Scorso il periodo della condanna cessa la pena, ma continua la infamia. Non è il Legislatore che ha pronunciata quest'ultima, il Legislatore, dico, cui non può essere ignoto il principio da noi esposto alla pag. 346., cioè che una infamia perpetua non può decretarsi se non a delitti, che oltre essere sommamente infamanti siano meritevoli di pena perpetua; ma è l' opinione publica, quella opinione di cui tanta è la forza che niun legislatore potrebbe ad un tratto soggiogarla. Frattanto espiata la pena, ritorna il reo notato di infamia in grembo alla Società. Nè ciò potrebbe evitarsi, senza pervertire le basi del sistema penale, cioè senza perpetuare la pena a delitti, che da castigo temporaneo sono abbastanza raffrenati. Che ne viene da ciò? Il reduce dalla pena si presenta ai suoi concittadini per aver lavoro, ma l' obbrobrio di cui è ricoperto fa ch' ei ne abbia repulsa. La natura lo assoggetta a possenti bisogni, ed ei non trova mezzo innocuo di soddisfarli: eccolo dunque in preda a gravi impulsi, che il risospingono al delitto. Questa è la vera cagione della frequente recidività nei delitti lesivi la proprietà reale, non la supposta inefficacia della pena su taluni delinquenti (vedi pag. 346.). Ad un tanto inconveniente provvederebbero alcune case di lavoro, (distinte dai già menzionati Opificj) ove i reduci dalle condanne infamanti venissero accolti, impiegati ed alimentati.

Le fin qui enunciate misure di *ordine economico* vengono poi coronate dai soccorsi da prestarsi all' incolpabile indigenza sia che essa derivi da un infortunio fisico sia che derivi da un infortunio economico.

Ecco come si allontana il difetto di sussistenza, e come

si giunge a prevenire un numero infinito di delitti. Le storie di tutti i tempi offrono prove che il miglioramento dell'ordine economico è stato sempre susseguito da una diminuzione notabilissima del numero dei misfatti. Il *Pastoret* nell'Opera *des lois pénales* attesta che in Francia prima della riforma si ebbe a riconoscere che di 900 condannati 700 mancavano de' mezzi di prima necessità.

II. La parola *educazione*, dice il Romagnosi, nel suo senso più generico significa *la direzione attiva dei poteri di un vivente onde fargli contrarre certe abitudini* e *renderlo idoneo a certe funzioni*. Questo senso è sì ampio che abbraccia sotto di sè anche quella specie di educazione che può darsi ai bruti.

Ma dovendo noi parlare della educazione degli uomini, è nostro debito lo avvertire, che questa è di tre specie cioè *domestica* ossia *privata*, *pubblica* e *politica*. Per domestica intendiamo quella, che il fanciullo riceve in propria casa dall'opera e dall'esempio de' suoi: sotto il nome di educazione pubblica comprendiamo la letteraria, la scientifica, l'artistica: l'educazione politica poi la facciamo consistere nell'uso di quei mezzi, co' quali il Governo riesce a rendere i cittadini *operosi rispettosi* e *benevoli*. Ma qui è di grande importanza lo avvertire, che tanto l'educazione privata quanto la pubblica debbono essere fondamentate sulla religione. E poichè il dare siffatta base all'educazione è augusto ministero proprio della Chiesa, noi ci riserbiamo di parlarne nel seguente paragrafo, perchè è nostro debito il professare netta e limpida una dottrina, che pur troppo in taluni luoghi si tenta di abbattere, mentre in altri la Providenza con luminosi trionfi la ravviva (1).

Ora vediamo come la politica possa attuare quella educazione, ch'è tutta propria di lei, e che abbiam detto consistere nell'istillare ai cittadini l'*operosità*, il *mutuo rispetto*, e la *benevolenza*.

(1) Veggasi il Concordato fra la Santa Sede e la Corte d'Austria del 18. agosto 1855.

Per istillare l' operosità fa d' uopo che il Governo prenda a tutelare le scienze, le arti, il commercio. Tutela le prime con istituire bene ordinati Atenei a pascolo della gioventù ardente di apparare le scienze, e col curare che per mezzo di eletti professori e con ordinamenti di beníntese discipline fioriscano i scientifici insegnamenti. Tutela le seconde co' premii alle nuove scoperte ed invenzioni, con opere pubbliche di utilità o di magnificenza, colla istituzione de' collegi d'arte, con elargire a questi saggi statuti, privilegi e cose simili. Tutela il terzo con un buon sistema di dazii, che incoraggi le nazionali manifatture, colla istituzione delle camere di commercio, e di tribunali proprii atti a dirimere rapidamente le commerciali controversie, colla rigorosa repressione delle bancarotte fraudolente, colla legge dell' *albo*, cui ognuno, al quale piaccia dedicarsi alla mercatura, debba dare il suo nome sotto pena d' essergli la mercatura interdetta, e cose simili.

Rendonsi i cittadini rispettosi quando il Governo è il primo a dare l' esempio del rispetto a tutti i diritti. *Riverire ogni diritto dei sudditi è interesse non meno che dovere d' ogni governante* — proclama un' opera periodica parto di profondi giuspubblicisti (1).

Rendonsi finalmente i cittadini benevoli col favorire e proteggere quelle tante associazioni filantropiche, per le quali gli uomini agiati soccorrono ai proprii simili bisognosi elargendo ad essi pecuniarii soccorsi, conforti, morali istruzioni, ed esortandoli a confidare nel Dio, che nobilitò la povertà e la sofferenza (2). Cotali istituzioni sono un alimento perenne della mutua benevolenza fra i cittadini, sì perchè è soave tendenza dell' uomo l' amare nel beneficato il proprio beneficio, sì perchè estinguono quel rancore, con cui il povero guarderebbe

(1) Civiltà cattolica nell' articolo *Aristocrazia del diritto*. Seconda serie fascicolo 136. pag. 382.

(2) Sono prodigiose di numero queste associazioni che il cattolicismo ha propagate, e che fioriscono anche nello Stato nostro. Ci asteniamo dall' enumerarle per timore di lasciarne inosservata qualcuna.

i ricchi, quando in questi non vedesse che fasto e ferrea indifferenza pei di lui patimenti.

Tale è l'educazione politica. Essa non conosce confini di età: essa incomincia al cominciare della sociale carriera dell'uomo e può accompagnarlo sino alla tomba.

III. S'egli è vero, come non può dubitarsi, che il fine massimo della sociale colleganza è la *sicurezza dei diritti* accoppiata al maggior possibile perfezionamento de' cittadini, sarà manifesto, che uno de' primarj doveri della Politica è la *vigilanza*. Vediamo adunque in quanti modi essa influisca alla repressione dei delitti.

Accaduto il misfatto la vigilanza publica accorre allo scoprimento del delinquente perchè sia punito. Adempie con ciò un massimo dovere. Ma si limitano forse qui le funzioni della vigilanza publica?

Ben più importante essa si rende quando si occupa ad impedire l'*effezione del delitto* e ad ingerire così nell'animo de' cittadini l'opinione che l'occhio della potenza centrale veglia sur essi, protegge i buoni, reprime i tentativi de' malvagi. Vedemmo nel I. libro che la spinta criminosa è costituita 1.° dal desiderio del frutto del delitto, 2.° dall'andacia, per cui l'uomo si rende speranzoso di effettuarlo, 3.° dalla lusinga di evitarne la pena. Al primo elemento si contrappone il timore della pena: al 2.° ed al 3.° si contrappone l'opinione di una forza prevalente, che sempre attiva, sempre sagace, sempre desta impedisce i delitti da commettersi e sorprende e punisce i già commessi.

L'ufficio adunque della vigilanza pubblica deve consistere in un'azione di sorveglianza cauta prudente, ma nel tempo stesso energica costante. Essa deve principalmente tener l'occhio indagatore su quelli, di cui non è palese il genere di vita, su quelli che dall'estero s'introducono appo noi senza essere garantiti dalla nazione, da cui partono: deve esplorare se v'hanno colleganze di malvagi, romper le fila di loro trame, sorprenderli ne' loro ritrovi, ne' loro tentativi. Bene organata che sia la pubblica vigilanza cessa il bisogno de' pre-

cetti così appellati di *contr'ora*, coi quali mentre s'intende l'animo alla prevenzione dei delitti, spesso accade che invece si dà loro causa facendo mancare ai precettati il modo di provvedersi di lavoro e di sussistenza: e cessa ancora o del tutto o almeno in gran parte il bisogno dell' opera di segreti delatori, gente depravata e venale sempre pronta a sacrificare l'innocenza.

IV. Nella scienza politica la parola *giustizia* ha due diversi significati. Il primo e più famigerato è quello che esprime l'idea di *conformità ad una data norma*. Questo però non è il senso in cui qui la prendiamo. Noi vogliamo qui indicare coll'Insubre Filosofo *una delegazione della publica autorità destinata a far eseguire le leggi con cognizione della verità dei fatti ed applicando le leggi medesime.*

Ma questa delegazione presuppone due cose 1.° le leggi fatte 2.° la loro applicazione. Vi è dunque una *Giustizia normale legislativa*, ed una *Giustizia normale amministrativa*. La prima è lo scopo della scienza della legislazione, la seconda della giurisprudenza.

Debito della prima è il rispettare quei confini che abbiamo indicati nel §. VI. cap. I. del lib. I. col distinguere i *doveri sociali* dai *doveri puramente morali* dettati dalle leggi della coscienza, e col restringere le proprie sanzioni entro la sfera di quelli. Rettamente parlando non possono essere soggetto di pena se non quegli atti che contengono in *atto* o in *potenza* il danno sociale (1).

Vero è però che si possono proibire alcuni atti *per se stessi innocui* come occasioni prossime secondo il corso ordinario delle cose a delinquere o come atti strettamente tendenti all'effezione di un delitto. Ma è vero ancora che nel far ciò bisogna rispettare costantemente i limiti tracciati dalla *necessità* della difesa sociale.

(1) Il danno sociale *meramente in potenza* potrebbe esemplificarsi in una congiura repressa e punita prima della sua esplosione in atti ostili, ed ignorata pienamente dai cittadini fino al punto dello scoprimento per parte del Governo.

Questi limiti sono 1.° che, non facendo calcolo di una mera fantastica possibilità ma badando sodamente al corso consueto e ordinario delle cose, si victino quegli atti soli che veramente sono causa prossima del delitto: 2.° che non vi sia altro mezzo di evitare l' effetto nocivo, ossia il delitto, se non quello di proibire l' azione indifferente, che ne è causa occasionale.

Se non si osservano questi limiti si cade nell' arbitrario, si definisce a capriccio la virtù ed il vizio, si fanno leggi inutili cui poscia conviene lasciar cadere in disuso, e si fa nascere il disprezzo anche verso le leggi più sacrosante. Fin qui della *Giustizia normale legislativa.*

In quanto alla *Giustizia normale amministrativa* primario precetto si è quello di evitare tanto *il rigore arbitrario* quanto la *male intesa indulgenza.* Il rigore arbitrario si verifica quando per un fatto non contemplato dalla legge si pretende per *motivi o puramente morali* o *di mal' inteso zelo* di applicare una sanzione penale o presa a capriccio o dedotta per induzione da casi somiglianti. Giustamente osservò il Romagnosi nel §. XXVIII. dell' *Assunto primo*, che la giurisprudenza positiva ora è merament e *applicativa* ed ora razionalmente *induttiva.* In tutte quelle materie, l' ordine delle quali deve dipendere intieramente dalla suprema autorità, essa è strettamente applicativa: viceversa in quelle dove l' autorità suddetta non può che contemplare i casi più consueti trasmettendo, per tutti gli altri impreveduti, nei Magistrati il diritto di provvedere come di ragione, essa è *razionalmente induttiva.* La prima si verifica nel Diritto penale, la seconda nel Diritto civile. E per verità come è giusto che nelle controversie civili in mancanza di una legge positiva si usi dell' argomento di analogia per dedurre da caso a caso la risoluzione perchè si è nella stretta necessità di dover pronunciare dichiarazione di buon diritto a pro dell' uno o dell' altro de' due contendenti, altrettanto sarebbe iniquo che nella ragion penale ove non si tratta di affliggere un reo, ma di dare un esempio costante e parlante colla sanzione della legge, si sostituisse

alla legge, che tace, l'arbitrio del magistrato. Ove sarebbe più la sicurezza individuale e l'opinione della sociale tutela, se un cittadino temer potesse che un'azione non qualificata dalla legge per delitto, potesse involverlo nelle conseguenze di una pena per motivi di analogia?

Non minor danno dell'arbitrario rigore reca la male intesa indulgenza. Se il primo ferisce la sicurezza individuale, la seconda abbatte la publica sicurezza. Gli uomini, vedendo che le leggi condannano e i Magistrati assolvono, s'accorgono ben presto di non essere tutelati, e mirando passeggiare baldanzosa l'impunità perdono tanto di fiducia nelle leggi quanto più i fatti sono contrarj alle parole. Allora è che scorgendo svanita la difesa publica si ricorre alla difesa privata, e la difesa privata degenera in vendetta. Allora nasce una nuova sorgente di delitti.

A tutto il sin qui detto resta solo ad aggiungersi essere anche opportuno alla prevenzione dei misfatti il prescrivere che nei leggerissimi delitti le procedure ricevano il loro movimento dalle istanze della persona offesa, e vi sia sempre luogo a quelle *remissioni* o *compensazioni*, che senza nuocere al publico esempio giovano a ristabilire la pace fra i cittadini (1).

Conchiudiamo ora dopo le cose sin qui esposte, che la politica facendo buone leggi e rimovendo i difetti di *sussistenza*, di *educazione*, di *vigilanza*, di *giustizia* diminuisce notabilmente i casi di conflitto fra la natura istintiva e la razionale. Difatti dati i mezzi di sussistenza è più raro che l'uomo aneli all'usurpazione delle altrui fortune; data l'educazione sono più attratti i cuori de' cittadini tra loro e così più alieni dall'offendersi; data la vigilanza la concupiscenza è frenata dal timore d'essere arrestata a mezza via nel cammino al delitto; data la giustizia l'uomo confidando nella potenza centrale del Governo per la propria tutela, rinuncia al pensiero della privata vendetta.

(1) Una traccia di questa teoria si scorge nell'art. 322. del *Regolamento sui delitti e sulle pene.*

§. IV.

Dovendo noi ora far passaggio a parlare di que' mezzi provvidenziali, onde sorgono ajuti alla natura razionale per trionfare degl' impulsi della concupiscenza, ci si presenta maestosa e raggiante la *Religione*. A ben comprendere quanto questa influisca alla prevenzione dei delitti, sono a premettersi alcune nozioni.

I germi primitivi, onde traggono poi vita i delitti, hanno tutti sede negl' intimi recessi del cuore umano. L'odio, la superbia, l' ambizione, la cupidigia delle cose altrui sorgono quasi insidiosamente nell' animo umano, e a poco a poco se ne indonnano a segno che lo rendono schiavo. Guai a quell'individuo, che non ha il coraggio di combattere sin dal principio sì fatali passioni. La sua salvezza dipende, per così dire, da un prodigio. A lui può appropriarsi quel detto — *sero medicina paratur, cum mala per longas invaluere moras.* Al ricevere d' una offesa eccitasi nell' uomo lo sdegno, ma questo, impetuoso come torrente nel primo stadio, diviene dopo un intervallo frenabile dalla ragione. Non lo frenate? Convertesi in odio, passione fredda diuturna, che vi rode vi strazia, finchè non avete reso misero l' autor dell' offesa. Schieransi innanzi a voi per blandirvi per allettarvi i lusinghieri piaceri del senso? Se chiamate tosto in vostro soccorso la ragione, siete certo di trionfare di que' pericolosi allettamenti. Ve ne formate invece un idolo per vagheggiarli? La vostra perdita è sicura. Così dite d' ogni altra immorale passione. In somma precede sempre al delitto nell' uomo un' azione interna dell' animo, che poi alla circostanza prorompe nell'azione criminosa.

Ora fingiamo, che la Politica si proponesse d' arrogarsi l' impero sulle azioni interne dell' uomo. Cieca del tutto per iscorgerle nel loro intrinseco stato, essa sarebbe costretta a desumerle in via di presunzione da mille azioni indifferenti ed equivoche: dovrebbe sindacare ogni atto esterno dell' uomo: dovrebbe inceppare ad ogni passo il cittadino, e così circon-

derebbe la vita sociale d'una serie d'inciampi, che farebbe abborrire agli uomini il consorzio civile.

D'altra parte è appunto alle azioni interne dell'uomo, a cui primamente la morale evangelica volge il santo e salutare suo freno. Essa non si appaga di comandare all'uomo l'adorazione a DIO: vuole, che a LUI consacriamo tutte le nostre facoltà morali, tutti i nostri affetti, tutto il nostro spirito (1): non si appaga di vietarci l'offesa de' nostri simili, ma vuole che amiamo il prossimo come noi stessi, e dichiara peccaminoso anche lo sdegno (2): non si appaga di vietarci lo insidiare i talami altrui, o il bruttarci di consimili laidezze, ma vuole, che custodiamo i nostri sensi, perchè la concupiscenza non divenga poi nostra tiranna (3). Ciò non è tutto. Mentre c'istilla una virtù pura, disinteressata, anzi eroica, che spanda le beneficenze anche sopra i nemici (4), non obblia l'umana fralezza, e al traviato apre fonti inesauste di perdono e di riconciliazione con Dio. Lungi dall'orgoglio degli Stoici, che col falso dogma — *tutti i peccati essere uguali* abbassavano il peccante per fragilità al livello del più consumato malvagio, accoglie amorosa il reduce figliuol prodigo, e santifica il di lui ritorno nel seno della Divina Misericordia fino a renderlo partecipe colla virtù de' sacramenti della stola candida del giusto. Ecco con quali augusti mezzi la Religione può sopprimere i germi dei delitti, e a chi una volta ne avesse calcata la via dischiude il sentiero della resipiscenza e della salute.

Ma siffatta purissima morale evangelica d'onde può venir

(1) *Diliges Dominum Deum tuum ex toto corde tuo, et ex tota anima tua, et ex tota mente tua, et ex tota virtute tua. Marc. XII.* 30.

(2) *Omnis, qui irascitur fratri suo, reus erit judicio. Matth. V.* 22.

(3) *Omnis, qui viderit mulierem ad concupiscendam eam, jam moechatus est eam in corde suo. Matth. V.* 28.

(4) *Diligite inimicos vestros: bene facite his, qui oderunt vos. Benedicite maledicentibus vobis, et orate pro calumniantibus vos. Luca VI.* 27. *et* 28.

infusa negli uomini se non dalla limpida sua fonte, dalla Cattolica Chiesa? Questa è che spezza il pane ai parvoli, questa è che ne mantiene limpida e intemerata la dottrina. S'ella è una istituzione divina, come potrebbe mai essere abbandonata alla interpretazione dell'uomo? Mirate la filosofia. Compiono ormai 22. secoli dacchè Platone ne fondò in Grecia la più celebre scuola. Osservate quanti diversi e disparati sistemi d'allora in poi! quante divergenze, quante discrepanze di opinioni, quante varietà ne' principii stessi fondamentali! La religione è sempre una, è sempre immutabile, perchè non ammette lo spirito privato: ha il suo adamantino fondamento nella parola di Dio, ch'è immutabile, e nella Chiesa cattolica, che n'è la depositaria.

La somma poi de' beni soprassensibili e sociali, che dall'istruzione ortodossa derivano, sono oggi riconosciuti e confessati anche da quei dotti, che alle scienze umane consacrarono le forze dell'ingegno. Opportune ci si offrono qui le parole d'un recentissimo filosofo francese. — » V'ha un piccolo libro, egli dice, che si fa imparare ai fanciulli, ed intorno al quale essi sono interrogati nella chiesa: leggete » questo piccolo libro che è il Catechismo, e voi vi troverete » la soluzione di tutte le questioni che io ho mosso più sopra; ma di tutte, vedete, senza eccettuarne una sola. Dimandate al cristiano d'onde viene la specie umana? esso lo » sa; verso a qual termine cammina? esso lo sa; in qual » maniera vi cammina? esso lo sa allo stesso modo. Dimandate a questo povero fanciullo: a che fare è egli quaggiù » nel mondo, e di lui che fia dopo la sua morte? voi ne » avrete una risposta sublime . . . . Origine del mondo, origine della specie umana, quistione di razza, destinazione » dell'uomo in questa vita e nell'altra; relazioni dell'uomo con » Dio, doveri dell'uomo inverso i suoi simili, diritti dell'uomo » sopra le cose create, egli nulla non ignora. E quando sarà » più innanzi negli anni egli non incontrerà maggiore difficoltà » intorno al diritto naturale, al diritto politico ed a quello » delle genti; perciocchè tutto codesto scorre e si deriva con

» chiarezza e come di per se stesso dal Cristianesimo. Ecco » ciò che io chiamo: Una grande religione; io la ravviso a » questo segno, che essa non lascia senza risposta alcuna » delle quistioni rilevanti pel genere umano. » — *Jouffroy. Mélanges philosophiques pagina 424.*

Con siffatte cognizioni non è forse immensamente ajutata la ragione umana a guardarsi dagl' impulsi criminosi? Ed ove siffatta istruzione si escludesse o si pervertisse, a che sarebbe ridotta la società? Si avrebbe un bel ricorrere ad imitar l' esempio di Dracone scrivendo il Codice penale a caratteri di sangue. I delitti non sarebbero repressi.

§. V.

Scendendo ora a trattare della sanzione dell' onore è d' uopo prima di tutto determinare con precisione che cosa intendasi con questa parola. *Onorare* alcuno, altro non è che dargli prova con atti esterni della stima, in che si ha la di lui persona. La stima, perchè sia tale e non degeneri in adulazione, deve derivare da una qualità atta ad ingerirla. Questa qualità dicesi *merito*. Quello che parlando di cose è *valore*, diviene *merito* parlando di persone. E come il valore di una cosa si deduce dalla somma degli utili o vantaggi che la cosa stessa arreca al possessore, così il merito degli uomini emana dalla somma de' beni che aspettare ci possiamo dai medesimi. Stante poi la varietà delle attitudini e dei talenti, che si ravvisano negli uomini, ne derivano diverse *categorie* di vantaggi che da essi attendere si possono, d' onde sorgono diversi *meriti*, ed il grado più o meno elevato di questi dà luogo a diversi gradi di stima nella stessa categoria di merito. Non basta.

Nell' ordine sociale evvi una specie di onore che viene tributato con *ammirazione* ed *applauso*, ed un altro cui va congiunta la *fiducia*. Quello costituisce la *gloria*, questo il *credito di confidenza*. Quest' ultimo viene comunemente appellato *riputazione*, *buon nome*. Alla prima aspirano quegli es-

seri privilegiati, ch'ebbero in dono dalla natura forze straordinarie di cuore o d'ingegno, per le quali sentonsi atti ad opere magnanime di braccio o di mente. La seconda, cioè la riputazione, essendo la sequela della sincerità, della lealtà, di quella nobile schiettezza, che distinguono l'uom probo, può acquistarsi da qualunque cittadino, che sappia tenersi lontano dalle ree azioni, dalla simulazione, dalla frode.

Ora è indubitato che tutti gli uomini aspirano a procacciarsi il *credito di confidenza*, la *riputazione*; tanto è ciò vero, che anche i cattivi vorrebbero essere stimati buoni; il che ha fatto dire ad un francese Scrittore, *essere l'ipocrisia un omaggio, che il vizio rende alla virtù* (1). Niuno ignora quanti vantaggi dal buon nome derivino: niuno ignora, che se l'artiere ha un numero abbondante di lavori, se il mercatante ha un florido smercio di sue derrate, se il Causidico è attorniato da un numero considerevole di clienti, se in una parola il Medico, l'Avvocato, lo Scienziato vivono in una doviziosa agiatezza, tutti lo devono alla riputazione, al buon nome. D'altronde è pur cosa dolce il sentirsi dire dai suoi simili: — *Io vi stimo, perchè siete un uomo d'onore: ho in pregio la vostra amicizia: son pronto a rendervi servigio in qualunque circostanza.* — Quante spinte adunque non sorgono dal desiderio dell'onore per abborrire il vizio, per amare la probità, per praticarla in ogni azione?

§. VI.

» Convivere non è coesistere sullo stesso suolo; ma bensì
» abitualmente comunicare l'uno coll'altro mediante una libera
» reciprocrazione di servigi, di ritegni e di sentimenti. Così il Romagnosi *Genesi del diritto penale* §. *1218*.

La vera convivenza non è che il buon ordine civile. Essa

(1) Turpe omaggio però. L'ipocrita aggiunge alla malvagità la finzione. Ma questa ha corto regno. Il velo tardi o tosto cade; e l'ipocrita finisce per esser bersaglio di universale esecrazione.

ripugna a quell'antitesi sociale, per cui un numero d'uomini schiavo di un altro numero non convive, ma presta un servigio, che per la coazione onde è imposto si approssima a quello, che ci prestano il cavallo ed il bue. Essa presuppone uno stato, in cui ciascun individuo possa ritrarre in una guisa spontanea dai suoi simili quella fiducia, quella benevolenza, quel rispetto, e que' servigi, a cui ha diritto ogni cittadino, che di siffatte cose non siasi renduto immeritevole con cattive azioni. La vera convivenza adunque si verifica là dove i cittadini in quanto ai diritti sono perfettamente uguali in faccia alla legge, come avviene in qualunqne odierna società, dove il feudalismo è scomparso dirimpetto al sentimento religioso della umana dignità. Questo sentimento fa sì, che ogni cittadino abbia il suo *valore sociale*, cioè che sia investito di quattro poteri, del *reale*, del *morale*, dell'*economico*, del *sociale*. Il primo consiste in quell'attitudine o meccanica o intellettuale, per cui l'uomo producendo cose utili nella grande economia de' movimenti sociali giova ad un tempo a se stesso e agli altri: il secondo consiste nella facoltà di accordare o denegare la propria fiducia e la propria stima: il terzo nella libera disposizione dei proprj beni: il quarto nei diritti così detti *civici*, onde le colte aggregazioni sociali investono i cittadini per ispirar loro un nobile interesse al mantenimento dell'ordine pubblico e della forma costituita di Governo. Tali sono i diritti di voto negli affari publici, o della provincia, o del luogo, a cui il cittadino appartiene; quelli di elezione e di elegibilità ai maestrati o ad altre funzioni, quello d'essere eletto tutore, curatore, ed amministratore degli altrui beni, e simili.

Ma come avviene poi, che quest'armonica convivenza influisca alla prevenzione dei delitti? Eccone la dimostrazione. Dove tutti i cittadini, eccetto solo gli oziosi volontarii ed i vagabondi, sentono d'avere in sè il *valore sociale*, essi prestano l'opera, accordano la stima, fanno rifluire il loro denaro in altri or con titolo oneroso, or con titolo gratuito, sono larghi de' loro suffragi, ma tutto questo fanno verso chi

colle proprie azioni se ne mostra degno. Dall' infimo artista fino allo scienziato, tutti amano di adoprarsi a pro dell'uomo onesto e non dell' improbo: a quello consentono stima, a questo la negano: col primo amano far contratti, col secondo vi ripugnano: prescelgono il primo agl' impieghi e maestrati, ne risospingono il secondo. Da ciò deriva la forza preveniente i delitti, cui ha la sanzione, di cui parliamo.

Qui taluno osserverà che nella sanzione della *convivenza* si immischia quella dell' *onore*, lo che è vero; ma a chi ben riflette sulla natura delle cose sarà facile lo scorgere il carattere che distingue l' una dall' altra. Difatti uno può essere onorato anche da lontano: può esserlo da lontano e non da vicino e viceversa: ma i vantaggi che la convivenza accorda alla probità esigono la vicinanza, il contatto. Di più la sanzione dell' onore consiste in un premio o castigo tutto morale, tutto proprio dell' anima: quella della convivenza sta principalmente nel personale interesse.

§. VII.

Abbiam discorso ne' tre precedenti paragrafi le sanzioni, che la providenza erige di propria mano nel consorzio civile contro i delitti. Esse non sono opera della politica. Ma questa non avrà dei doveri a compiere riguardo alle medesime? Senza dubbio. Essa è nello stretto obligo di armonizzare nel suo cammino con esse.

Quanto alla religione, semplicissima è la funzione della politica. Essa non ha che a proteggerla e lasciarla liberissima nella sua azione. Di ciò abbiamo oggi, come testè si disse, un luminoso esempio in una delle più floride e potenti nazioni di Europa.

Quanto all' onore, sono più ampie le funzioni della politica. Nel capitolo primo di questo libro dimostrammo, che il sistema rimuneratorio diventa un assurdo, quando si pretenda impiegarlo come *sanzione diretta* impediente i delitti, cioè come mezzo per allettare gli uomini a non delinquere, nel qual caso converrebbe premiare una *negazione*. Ma lo stesso siste-

ma è attuabile, anzi utilissimamente attuabile come guiderdone alla virtù. Nel cammino providenziale dell' uman genere sorgono tratto tratto uomini ammirandi per eccellenza nelle arti, nelle scienze, nella pratica delle più sublimi virtù sociali e religiose. Essi coadjuvano in modo speciale il grande scopo della felicità pubblica. Allora la società riceve un servigio: allora i precetti della giustizia distributiva consigliano un premio. Nè si dica, che la virtù basta a se stessa, o che la publica opinione le sia di sufficiente compenso. Basta il savio a se stesso, benchè pagato da' suoi concittadini d' ingratitudine; ma l' interna soddisfazione di lui non tiene luogo dell' obbligazione, che la patria può avere secolui contratta. Il tribunale della pubblica opinione quando questa sia dal governo illuminata e diretta, rende al merito la dovuta giustizia, ma la publica opinione abbandonata a se stessa è talvolta ingiusta, spesso indifferente, quasi sempre sterile. Le leggi debbono regolare la stima publica, come regolano la publica infamia: le sole leggi possono salvare dalle ingiustizie della volubile umanità la gloria dovuta agli uomini eminentemente virtuosi.

Ma nel parlar di premio, non si creda già, che da noi vogliasi sotto tal parola intendere una retribuzione pecuniaria. Questa il più delle volte degraderebbe anzichè innalzare la virtù. Molti sono i mezzi, onde il Governo può rendere agli uomini virtuosi onoranza. L' elezione di essi alle cariche o di puro onore, o di onore e fatica insieme, l' assumerne l'opera ne' più interessanti miglioramenti governativi, e finalmente quelle distinzioni, che Giustiniano chiamava *onorarii codicilli*, e che le odierne nazioni appellano *ordini cavallereschi*, sono tutti mezzi, pe' quali il Governo può mostrare di aver in conto di ragguardevoli stromenti sociali quegli uomini che vede atti ad importanti servigi. Ecco perchè spesso nelle nazioni a noi vicine ed anche appo noi abbiam veduto non di rado innalzati dalla privata condizione alle più cospicue dignità personaggi meritevoli di somma riverenza o per erudizione o per dottrina o per santità di vita.

Quanto alla convivenza finalmente armonizza il Governo

colla sanzione di lei, quando egli riesce 1.° ad operare la massima diffusione possibile del *valore sociale*; 2.° a provvedere con opportune misure riguardo a quelli, in cui quel valore per talune circostanze rimane sospeso.

1.° Per diffondere il valore sociale il Governo non ha che a tutelare i quattro poteri, che lo costituiscono, nel che ogni savio Principe riesce agevolmente. Difatti alla tutela del *poter reale* basta il guarentire ad ognuno la libera disposizio ne delle sue proprietà siano mentali, siano meccaniche, siano industriali (1): alla tutela del *poter morale* basta il tener ferma l'uguaglianza dei diritti fra i cittadini, perchè allora non vi ha alcuno fra essi, di cui non si abbia in pregio la fiducia e la stima: alla tutela del *potere economico* basta il ben inteso organamento della giurisdizione civile, nella quale ogni membro della società trovi la guarentigia delle azioni ed eccezioni derivanti dai contratti: alla tutela finalmente del *potere sociale* basta lo stabilire per legge i requisiti che debbono concorrere nel cittadino per esercitarlo, ed infliggerne il decadimento a chi se ne rende indegno colle proprie azioni.

2.° Passiamo ora a vedere come accada che talvolta il valor sociale resti in alcuno sospeso, e come a ciò debba provvedersi.

Nel precedente §. III. parlandosi da noi delle funzioni della politica nell'*ordine economico* avvertimmo, come sia d'uopo provvedere a quegl'infelici, che reduci dal luogo di pena per espiata condanna a titolo di delitti non gravissimi ma infamanti, rientrano in società senza poter partecipare ad alcuno dei vantaggi della convivenza, onde sono spinti quasi a forza alla recidività. Ora dobbiamo aggiungere, che la publica opinione non si limita a denegare ai suddetti i benefiej della convivenza, ma li ricusa anche a quelli, che espiato

(1) Sono note le leggi, che oggi guarentiscono anche la proprietà letteraria e scientifica. E v'hanno persino dei concordati fra nazione e nazione diretti a rendere più difficile ogni usurpazione di siffatta proprietà.

un delitto non infamante ritornano fra i loro concittadini colla sola macchia di aver abitato fra i servi della pena. Così questi divengono per così dire eccentrici alla società: scemano in loro le spinte ad esser buoni e virtuosi: i disposti ad emendarsi non si emendano: gli emendati si pentono d'esser tali. A questo inconveniente può il Governo agevolmente provvedere con la legge, che appellasi di *riabilitazione*, legge conosciuta in alcune nazioni di Europa. Essa consiste nello stabilire, che il cittadino reduce dal luogo di pena se per un certo numero di anni determinato dalla legge, e che suol essere un quinquennio, ha tenuta una condotta irreprensibile per testimonianza delle Autorità del luogo, ove ha dimorato, viene *riabilitato*, ossia riceve una dichiarazione del Governo, che lo annovera fra i buoni cittadini, e lo ammette a tutti i vantaggi della convivenza rendendolo capace di esercitare e di fruire de' quattro poteri, che costituiscono il valore sociale.

Riepiloghiamo ora in brevi termini tutte le cose sin qui esposte. Il sistema di prevenzione indiretta e non dolorosa dei delitti consiste 1.° nel diradare i casi di conflitto fra la natura razionale e la istintiva: 2.° nel porgere ajuti a quella, onde più facilmente trionfi di questa. Il primo ufficio è tutto proprio della politica, ed essa lo adempie in genere colle buone leggi ed in ispecie col rimovere i difetti di sussistenza, di educazione, di vigilanza, di giustizia. Il secondo ufficio, cui mal si presterebbe la politica, viene esercitato da tre mezzi providenziali, che l'Increata Sapienza attua in grembo alla società, e che sono la religione, l'onore, la convivenza. La politica poi deve porsi in armonia con questi mezzi, e quando essa dal lato suo tutto coordini a conseguire siffatta armonia, ne risulta il razionale compiuto sistema di prevenzione indiretta dei delitti.

FINE DEL LIBRO SECONDO

LIBRO III.

DEI GIUDIZJ CRIMINALI

CAPITOLO PRELIMINARE

SOMMARIO

§. 1. *Principj generali.*

§. 2. *Che cosa sia giudizio criminale ed in quante ricerche si risolva.*

§. 3. *Quali persone entrino a costituirlo, e qual sia il fondamento del sistema notificatorio e probatorio.*

§. 4. *Quale delle tre specie di certezza* metafisica, fisica e morale *servir debba di base all'emanazione del criminale giudizio.*

§. 5. *Della necessità di assoggettar le prove a norme giuridiche tanto nella loro assunzione quanto nella estimazione.*

§. 6. *In quante parti suddividasi la trattazione de' criminali giudizj.*

§. I.

» La legge penale, dice l'illustre professor Carmignani, dopo aver parlato una volta circondasi di un augusto silenzio ». Essa dunque risolverebbesi in una impotente minaccia se alle funzioni della *giustizia normale legislativa*, che terminano colla promulgazione della legge, non succedessero le funzioni della *giustizia normale amministrativa*, che applica la sta-

tuita pena ai violatori del precetto del legislatore. Ma questa applicazione non corrisponderebbe al suo scopo politico, quale è quello di essere il sostegno della forza repulsiva della pena, ove venisse fatta capricciosamente, e senza far precedere una investigazione che porti alla morale certezza che quegli, cui applicasi la penale sanzione, *costa veramente* esser colpevole. Siccome poi la forza repulsiva del castigo cresce e decresce sempre in ragione diretta della persuasione che hanno i delinquenti di subirla, così primo canone della giustizia normale amministrativa sarà che *il metodo d' investigazione per iscoprire i delinquenti sia tale da ridurre al minimo grado possibile la probabilità che essi vadano impuniti*. Questo primo canone sembra richiedere che non si porti al rigorismo ed allo scrupolo la dubitazione sulle prove della reità del cittadino accusato.

Per altra parte lo scopo dell' umana associazione è quello di procurare ai membri di essa la *sicurezza*, l' onesta libertà di azione, ed il perfezionamento. Ora la sicurezza è costituita non solamente dalla persuasione di ogni singolo cittadino che niun malvagio potrà impunemente togliergli la vita, le sostanze, l' ordine di famiglia, l' onore, ma è costituita ancora da un' altra persuasione non meno importante della prima, cioè che operando in conformità delle leggi, non potrà mai volgersi in di lui danno quel potere che è istituito per la di lui difesa. In questa seconda persuasione consiste principalmente la *libertà civile*, bene preziosissimo, effetto del giusto temperamento dei poteri, conseguibile sotto qualsivoglia forma moderata di governo sia essa democratica, sia aristocratica, sia monarchica (1). Ora questa libertà civile, questa parte importante

(1) Montesquieu insegnò la libertà civile essere riposta nella *sicurezza, o almeno nella opinione che si ha della propria sicurezza. Esprit des lois liv. XII. chap.* 2, Renazzi volle accostarsi a Montesquieu dicendo. consistere essa nella *facoltà che ha ciascun cittadino, o almeno crede di avere, di potere agire a talento tutto ciò che le leggi permettono, e di non soffrir cosa alcuna che non sia dalle leggi comandata*. Proleg. § 1. Mario Pagano amò definirla — *la fa-*

della sicurezza pubblica andrebbe a distruggersi ed a svanire se un innocente potesse temere che l'odio di un nemico, la malignità o l'ignoranza di un magistrato valessero ad assoggettarlo ad una immeritata pena. Da questi principj discende un altro canone della giustizia normale amministrativa, cioè che *il metodo d'investigazione per iscoprire i delinquenti sia tale da ridurre al minimo grado immaginabile la possibilità che si condanni un innocente.* Questo secondo canone sembra richiedere in opposizione al primo che si porti al rigorismo ed allo scrupolo l'esitazione sulle prove della reità della persona accusata.

Ora egli è indubitato che quel metodo d'investigazione, il quale varrà ad ottenere simultaneamente questi due fini *lo spavento de' malvagi e la sicurezza degl'innocenti*; sarà il vero metodo di procedimento (1), che ogni colta società civile

coltà di poter valersi de' proprj diritti senza impedimento alcuno — ed invocò in appoggio l'autorità di Cicerone. *Considerazioni sul proc. crim. cap.* 1. Carmignani censura le definizioni di Renazzi e di Mario Pagano, la prima come troppo circoscritta, la seconda come troppo vaga. Esso poi la definisce *l'opinione che le leggi hanno il potere d'infondere in chi non partecipa al potere politico nella città e che non lascia temere violenze nè dalle passioni private perturbatrici dell'ordine, nè dalle leggi destinate a proteggerlo, nè dai Magistrati destinati a vegliare sulla esecuzione loro. Teoria delle leggi della Sicur. Soc. Tom.* 1. *pag.* 162. 163. E' osservabile che tutte queste definizioni (se si eccettui quella di Mario Pagano) convengono nel riporre la libertà civile in una *opinione*. E per verità ancorchè si volesse sostituire alla parola *opinione* la parola *sicurezza*, sempre starebbe in fatto che la sicurezza è una conseguenza dell'opinione. Noi crediamo inutile e forse pericoloso il dare una nuova definizione della libertà civile, bastando a nostro credere quanto si è scritto su questo proposito da uomini insigni per formarsene una giusta idea. Abbiamo bensì voluto mostrare l'influenza che le leggi di procedura criminale esercitano sulla *libertà civile*, ed imprimere nei lettori l'idea, che *questa* non esiste ove il cittadino non è sicuro fuor di giudizio e in giudizio.

(1) *Procedere* nel suo originario significato presso i Latini indicò *innoltrare i passi verso una data meta.* Sorte le controversie nelle ci-

dovrà usare al verificarsi de' singoli delitti per applicare la pena al colpevole, o rimoverla dal capo dell'innocente.

Ho detto che dai due premessi canoni sembrano discendere due corollarj fra loro contradittorj. Se ciò fosse non in mera apparenza, ma in sostanza, la ricerca sui criminali giudizj, che andiamo a proporre, sarebbe infinitamente più difficile, e risolverebbesi forse in un problema inestricabile. Ma esiste questa contraddizione? Vediamolo.

Allorchè l'anima si applica a conoscere l'esistenza delle cose e de' fatti, essa non può trovarsi che in uno di questi tre stati, o nella *certezza*, o nella *probabilità*, o nel *dubbio*. La certezza nel suo senso logico è *quello stato di adesione o di assenso che l'anima prova nello affermare o negare una cosa in quanto esclude ogni timore o sospetto che possa essere il contrario*.

La probabilità, che, considerandola nell'animo di chi la sente, meglio può chiamarsi presunzione, è *l'affermazione o negazione di una cosa in quanto non esclude il sospetto del contrario*. (1).

Il dubbio poi è *quello stato dell'anima in cui essa non sa risolversi nè per l'affermativa, nè per la negativa*. Appena l'anima inclina o per l'una o per l'altra sorge la presunzione.

Il dubbio (sono parole del Romagnosi) può paragonarsi a zero. Esso adunque non può aver gradi: bensì può averli la presunzione non in un modo aritmeticamente mensurabile,

vili società non trovossi vocabolo più acconcio per significare l'inoltrarsi de' Magistrati alla ricerca della verità nei giudizj sì civili che criminali. Indi il vocabolo *Processo criminale* che dal Boemero vien definito » *ordo judiciarius legitimus*, *justa quem criminales caussae cognosci atque finiri debent. Ordine giudiziario*, cioè una serie di atti che conducono a pronunciare un giudizio. *Legittimo*, cioè determinato dalla legge, poichè ove dipendesse dall'arbitrio dei Magistrati, sarebbe distrutta la libertà civile, come dimostreremo a suo luogo. Il resto della definizione è per se stesso abbastanza chiaro.

(1) Romagnosi: Principj di Diritto amministrativo §. XXVIII.

ma bensì in una guisa sperimentalmente concepibile, deducendoli dalla maggiore o minore quantità, o dalla maggiore o minore forza degli argomenti, che fanno inclinar l'anima alla affermativa o alla negativa.

La certezza finalmente non può aver gradi. Se ammettesse un più od un meno racchiuderebbe il dubbio, e non sarebbe più certezza: tosto che scema in minima parte il perfetto assenso dell'anima all'affermativa od alla negativa, nasce la probabilità o presunzione. Ma per quanto possa crescere la probabilità, non giungerà mai a formare la certezza nel modo stesso che date due linee parallele se da un determinato punto della superiore si tirano infinite linee alla inferiore, queste linee anderanno sempre più ad accostarsi alla parallela, ma niuna giungerà mai a combaciarvi (1).

Premesse queste nozioni io domando: una legge organica, la quale prescriva non doversi condannare alcun cittadino se non previa l'assoluta certezza che sia reo del delitto imputatogli, non sarà atta a conciliare lo spavento de' malvagi con la sicurezza degli innocenti? In quanto a questi niuna miglior guarentigia può il Governo loro accordare di una tal massima. Certo che per la naturale limitazione degli umani intelletti non resta nemmeno con ciò escluso il pericolo che fra migliaja di accusati perisca un innocente, ma questo pericolo sarà sì remoto, che non potrà mai formare motivo di perturbazione pe' cittadini. Per altra parte se la certezza non ha gradi, se esprime uno stato di quiescenza dell'anima sopra un'affermazione o negazione così perfetto che non ammette accrescimento, che cosa possono esigere di più i cittadini dal Legislatore a tutela della libertà civile? Volgiamo ora lo sguardo ai malvagi. Questi, dirà taluno, sarebbero più atterriti se sapessero che anche senza la rigorosa certezza, ma sull'appoggio soltanto di una somma probabilità saranno per esser puniti dei loro delitti. Al contrario. Essi non possono non prevedere che un tale sistema espone al pericolo gl'innocenti di esser puniti

(1) Aurea similitudine, di cui è autore il Romagnosi.

di delitti non commessi: e a misura che cresce il pericolo de' probi cittadini, aumenta la sicurezza dei malvagi. UN INNOCENTE PUNITO È UNA IMPUNITÀ CONSACRATA DALLA SOLENNITÀ DI UN GIUDIZIO. Parmi dunque di essere in diritto di conchiudere che i due accennati canoni possono benissimo armonizzar fra di loro mediante il solo principio che la certezza della reità preceda sempre alla pena.

§. II.

Noi per altro fin qui non vedemmo se non se il principio animatore che deve regolare i passi della Giustizia normale amministrativa prima di applicare la pena; ma non vedemmo ancora che cosa sia un criminale giudizio: a chi spetti il pronunciarlo, e quali persone entrino a costituirlo: quali cautele giuridiche lo debbano accompagnare: da qual fondamento debba sorgere, e qual freno aver debba il potere del giudicante. Ecco le ricerche che ora dobbiamo istituire.

Paragonare fra loro due idee ed affermarne la convenienza o disconvenienza dicesi in generale *giudizio* (1). Quando in una Republica si vocifera che un cittadino ha sofferto un detrimento nella persona, nell'onore, nelle sostanze, nell'ordine di famiglia, è necessario, prima di accorrere al riparo del danno politico mediante l'applicazione della pena, è necessario, dicesi, lo istituire gradatamente tutte queste ricerche: 1°. il danno avvenne realmente? 2.° il danno avvenne per opera dell'uomo, o per opera di enti inanimati o de' bruti? 3.° se per opera dell'uomo, lo fu da un uomo di senno o alienato

(1) L'etimologia di questa parola deriva secondo Varrone da *jure et dicundo*. Pare dunque che nella genealogia de' vocaboli la detta parola abbia cominciato a significare la decisione del superiore, che risolveva le controversie insorte fra gl'inferiori, e quindi in genere l'affermazione o negazione di qualunque proposizione: lo che non deve far meraviglia se si riflette che ogni parola ebbe in origine un senso più o meno concreto prima di passare ad avere un significato astratto.

di mente? 4.° se da uomo di senno lo fu con diritto o con ingiuria? 5.° se con ingiuria da chi fu esso precisamente operato? 6.° con quali circostanze attenuanti o gravanti fu commesso? 7.° qual pena è applicabile al cittadino delinquente? Tutte queste importanti ricerche poi debbono essere risolute mediante altrettanti giudizj. I quali non saranno, è vero, tutti materialmente l' un dall'altro distinti, ma nella mente del giudicante sono speculativamente sceverabili, e lo sceverarli gioverà non poco al più sicuro esercizio pratico della Giustizia amministrativa.

Notisi che le quattro prime ricerche sono d' indole *generica*. La quinta è dapprima *generica* e poi *specifica*: generica finchè ricerca fra i cittadini il presunto reo: specifica quando trovatolo intende a convincerlo. La sesta benchè sembri confondersi con la quarta, pure formando parte dello specifico giudizio che s' istruisce contro un determinato cittadino, è essenzialmente specifica. La settima è del pari necessariamente specifica.

§. III.

Ma chi sarà la persona, a cui competerà il diritto d' istituire quelle sette ricerche, e quindi risolverle formando così il perfetto e compiuto criminale giudizio? Già fin dal precedente libro pagina 394. accennammo che il *poter giudiziario* è un ramo del *potere esecutivo interno* competente alla persona che regge e rappresenta la Società cioè al Principe. Ma è qui il luogo di dimostrare più ampiamente questo vero. Gli uomini sono tutti creati da Dio con uguali diritti: la facoltà altronde di giudicare delle azioni altrui presuppone il carattere di superiorità in chi giudica su quello che è giudicato. In uno stato pertanto *estrasociale* che piacesse per avventura di concepire, a niuno potrebbe competere il diritto di giudicare gli altri, perchè niuno può dirsi agli altri superiore. Ma il Creatore ha posto negli uomini sì energici impulsi alla Società civile, che questa, volenti essi o riluttanti, nasce; e *apparentemente* riceve dall' umano tacito consenso quella esistenza, che in realtà

è un'emanazione del Divino Volere. Sorta ch'ella è, sorge ad un tempo una preponderanza di poteri, perchè dirimpetto al potere individuo d'ogni uomo sta il *poter centrale*, ossia il Governo rappresentante l'intiera Società, potere più forte non solo di ciascun individuo singolarmente preso, ma anche di più di essi presi in massa. Si ha dunque una persona morale *superiore*, e migliaja di persone individue *inferiori*. Ma così è che il diritto di giudicare presuppone la superiorità in chi lo esercita: dunque questo diritto nel solo Governo come rappresentante la Nazione può esistere. Ciò non è tutto. Dicemmo che il Governo esser deve investito di tutti que' poteri che sono analoghi al fine, per cui l'Ente Supremo lo ha istituito, che è quello della comune sicurezza, e del comune perfezionamento (pag. 16.): dicemmo che a questo fine non basta il poter far buone leggi, ma conviene anche aver la facoltà di farle eseguire: (pag. 17.) ed è indubitato, senza bisogno di dimostrarlo, che l'esecuzione delle leggi presuppone il poter giudiziario. Dunque questo potere è inerente a quella suprema Forza, per la quale le masse sociali acquistano lo stato civile, cioè al Governo.

Dimostrato che al Governo compete la potestà giudiziaria, sottentra la ricerca sulle modificazioni a cui la diversa forma di lui può dar luogo nell'esercizio pratico della potestà medesima. Nella democrazia è analogo all'indole di questa forma di regime che il popolo eserciti per se stesso la criminale giurisdizione o direttamente o per mezzo di cittadini estratti a sorte dal suo grembo. Nell'aristocrazia se il Senato oltre il potere *legislativo* ed *esecutivo-amministrativo* esercita anche il poter giudiziario, si corre manifesto pericolo che il regime si cangi in tirannia, perchè la gelosia de' nobili contro i plebei, quando non è contemperata almeno dalla delegazione del poter giudiziario, non conosce freno alcuno e degenera in oppressione. Ed è questo lo inconveniente, che si è verificato in fatto nella prima età delle Nazioni. Nella monarchia temperata finalmente è non solamente necessario ma anche dicevole alla maestà del Sovrano, che deleghi de' *Magistrati* per esercitare

in di lui nome la criminale giurisdizione, lo che verrà ampiamente dimostrato nel §. I. capitolo unico trattato II. di questo libro.

Ciò premesso vediamo quante persone entrino a formare il criminale giudizio. Il delitto ci presenta un offensore ed un offeso: l'offensore è l'autore del fatto criminoso, l'offeso è la Società. Questa per risarcire il danno politico che ha sofferto si pone in movimento per esercitare l'azione penale contro il di lei offensore. Non la esercita però mai personalmente ma per mezzo di un suo membro ad evitare l'inconveniente che essa sia giudice e parte al tempo stesso. Ma il cittadino, contro cui essa dirige l'azione penale perchè lo presume autor dell'offesa, non può mai dirsi tale, finchè o la stessa Società od un collegio di persone, legittimamente delegato dalla medesima come tutrice di tutti gli aggregati, non ha con matura e diligente meditazione pesate scrupolosamente le prove del delitto, e decretato che esso è a quel cittadino imputabile. Finchè questo giudizio non è emanato, il cittadino percosso dall'azione penale ha diritto di difendersi, ha diritto cioè di respingere l'azione medesima con tutti i mezzi legali, i quali consistono nel dimostrare la propria innocenza o in via negativa o in via positiva. Ecco adunque due forze che agiscono in senso opposto: la Società che intenta l'azione criminale, il cittadino che da essa azione si difende. Ecco insomma una guerra, la quale se nell'infanzia delle Nazioni fu fatta con le armi, come in appresso vedremo, presso i popoli inciviliti si fa con le prove e con gli argomenti. Ma se la guerra delle armi si termina con l'eccidio di uno dei due combattenti, la guerra delle prove e degli argomenti non può mai terminarsi se non mediante una terza persona non individua ma collettiva (1),

(1) Diciamo *non individua ma collettiva*, perchè tanta è l'importanza del criminale giudizio, che sarebbe assurdo l'affidarlo ad un sol cittadino, eccetto che si trattasse di que' piccoli trascorsi, che sono punibili con pena correzionale; ne' quali però dovrebbe sempre, come presso noi, concedersi l'appello in sospensivo ad un tribunal collegiale.

e di legittima autorità rivestita, (che talvolta come nella democrazia d'angusti confini è la stessa Società adunata in comizj) la quale con legale giudizio statuisca e decreti per parte di chi sta la ragione. Dal sin qui detto deriva che *tre persone* necessariamente devono intervenire a formare il criminale giudizio: il cittadino che in nome della Società intenta l'azione criminale che chiameremo *parte attrice*, il preteso colpevole che si difende, cui dassi il nome di *reo*, e la Società stessa od un collegio di persone legittimamente da essa delegato che decide la controversia. Tali persone, a cui demandasi la giurisdizione, appellansi *Giudici* quando dalla legge sono destinati a proferire il loro giudizio unicamente sulla colpabilità o non colpabilità dell' accusato: *Magistrati* quando oltre il suddetto giudizio hanno eziandio il potere di decretare la pena. Diconsi poi anche *Giudici* alcune persone, che giusta taluni sistemi sono incaricati di assumere le prove del delitto: ma di ciò a suo luogo.

Dicemmo che fra la parte attrice ed il reo ha luogo una guerra di prove e d'argomenti. Ora è d'uopo avvertire la *necessità di ragione*, che a niuna delle due parti guerreggianti si accordi una preponderanza di armi ossia di poteri, cioè che si mantengano in perfetto equilibrio le rispettive loro forze. E per verità, se la preponderanza venisse accordata alla parte attrice sopra il reo, sarebbe lo stesso che porre quest' ultimo a repentaglio d'esser condannato ad onta di sua innocenza: allora si vedrebbe lesa enormemente la *libertà civile*. Se poi viceversa si consentisse la preponderanza al reo, verrebbe posto in istato di sfuggire la pena ad onta di sua reità provata: ed allora si vedrebbe lesa enormemente la *sicurezza publica*. Dunque questa uguaglianza di forze delle due parti contendenti è fondata nell' ordine di ragione, e come tale è sacra ed inviolabile.

Da essa discendono due importanti conseguenze, cioè

I. Che fino a tanto che la parte attrice non ha provata la reità del cittadino accusato, questi ha diritto di essere assoluto sulla semplice sua negativa. Imperciocchè se fosse di-

versamente, verrebbe ad attribuirsi alla prima una forza preponderante e soverchiante sul secondo. Difatti si finga che, accusato il cittadino, non potesse egli essere assoluto se non provando la propria innocenza. Che ne verrebbe? Che l'assertiva della parte attrice avrebbe tanta forza da far nascere una responsabilità penale nel reo, mentre l'assertiva di questo di essere innocente non avrebbe valore alcuno. Di più: il reo avrebbe l'obbligo di provare la sua negativa, mentre la parte attrice non avrebbe obbligo di provare l'accusa: sarebbe dunque evidente l'ineguale condizione, in cui troverebbonsi i due contendenti. A mantener l'eguaglianza delle forze è indispensabile che il reo possa dire alla parte attrice: *finchè tu nulla provi, io neppure ho l'obbligo di provare: quando tu addurrai prove del preteso mio delitto, allora* e *non prima per rintuzzar le tue armi avrò l'obbligo o di mostrar inefficaci le tue prove, o di documentare la mia innocenza* (1). Di qui emana il principio fondamentale del *sistema probatorio*, che regola anche i giudizj civili.

II. Che ogni atto, il quale s'intraprende o si fa dalla parte attrice, dev'essere *notificato* al preteso colpevole. A dimostrare questa verità convien prendere le mosse alquanto da lungi. Nello stato naturale-sociale, in cui Dio ha posto gli uomini, essi in forza del loro personale dominio si trovano in potere di acquistar de' diritti (lib. I. pag. 6. a 7.). Questi diritti però essendo enti di ragione non sono nè visibili nè percettibili se non in forza di segni od atti esterni che li rappresentino. In mancanza di questi segni od atti esterni il diritto rimane moralmente impotente, perchè può in buona fede essere violato, mancandogli quel carattere esterno, onde nasce in altrui l'obbligo di rispettarlo: chè il rispetto a diritti ignoti è cosa inconcepibile. Di qui derivò l'uso antichissimo, per cui il primo occupante di una data parte di suolo vi facea solchi, perchè si rispettasse il suo diritto di occupazione: di qui l'uso

(1) Questo principio si vedrà anche più ampiamente sviluppato nel I. cap. del IV. trattato di questo libro.

di porre i termini ai terreni: di qui le antiche cerimonie accompagnanti il matrimonio: di qui la consuetudine di porre segni sui mobili legittimamente acquistati per indicarne il padrone: di qui la costumanza di far portare agli ambasciatori la *verbena*, arboscello riputato sacro, ad indicare il rispetto dovuto alle persone di quelli non solo dagli amici ma anche dagli stessi nemici: di qui il *quiritare* degli antichi Romani per mostrare il diritto, in cui l'offeso stimavasi posto di uccidere l'ingiusto invasore: di qui tante formalità dell'antico Diritto romano, come il testamento *per aes et libram*, e la così detta *in jure cessio*, in cui il vindicante diceva: *hanc ego rem ex jure quiritium meam esse, ajo*: di qui la legge delle XII. tavole: QVI · NEXVM · FACIET · MANCIPIVMQVE VTI · LINGVA · NVNCVPASSIT · ITA · IVS · ESTO (1): di qui infine le armi gentilizie, i vessilli, i tubatori, le bandiere indicanti ora intenzioni pacifiche ora ostili, e mille altre formalità che anche in oggi servono fra i popoli inciviliti a render noti e così inviolabili i diritti de' cittadini. Tale è il fondamento *del sistema notificatorio*, che anch'esso domina del pari i criminali che i civili giudizj.

Torniamo ora al punto d'onde siamo partiti. Ad ogni prova che la parte attrice fa contro il reo, essa mira ad acquistare un dritto contro il medesimo, tende cioè ad ottenere giuridicamente che la prova stessa abbia un valore legittimo contro il reo, in modo che questi debba o confutarla, se può, o rispettarla col soggiacere agli effetti giuridici, che da essa derivano per la pronuncia del giudizio. Se adunque si vuole che la prova della parte attrice costituisca un diritto contro il reo, se si vuole che la prova stessa sia da lui rispettata, ossia che acquisti una forza legale contro il medesimo, è indispensabile il notificarla a lui:

(1) Heinecc. Antiq. rom. lib. II. tit. I. §. 23. e tit. X. §. 7. *Mancipium* significa il diritto di dominio, di cui i soli cittadini romani godevano, detto anche *dominio quiritario*. *Nexum* la cerimonia, con cui si trasferiva il detto dominio.

altrimenti il reo potrà dir sempre: *tu pretendi chiamarmi convinto di reità, e non me ne notifichi le prove: queste tue prove ch' io ignoro, per me non esistono: io le disprezzo, e con ragione mi oppongo all' irrogazione della pena, che in questo modo è mero arbitrio e tirannia.* Si dirà forse che questa legale reazione del reo può essere (come in alcuni tempi fu pur troppo) impotente? E che perciò? Nella bilancia della Eterna Giustizia poco vale il fatto contro il diritto; e il diritto conculcato ha voce sì forte che s' innalza fino all' Onnipotente (1).

Che poi violando il sistema notificatorio si verrebbe a distruggere l' uguaglianza delle forze dei due contendenti, chiaro apparisce al solo considerare, che provando senza notificare si toglie a colui, contro il quale si fa la prova, il mezzo di eccepire contro la prova stessa, di mostrarla inefficace, inconcludente, difettosa: si tolgono dunque a quest' ultimo le sue armi, e lo si pone in situazione di ricevere inerme e senza difesa i colpi dell' avversario.

§. IV.

Veduti fin qui gli elementi, di cui si compone il criminale giudizio, veduto in chi risiede il diritto di pronunciarlo e quando questo dritto venga ad altri demandato, vedute le persone che entrano a costituirlo, dimostrata finalmente la parità di condizione in cui ambi i contendenti mantener si debbono, sottentra un' altra importante ricerca, cioè di quali mezzi dovrà far uso il Giudice o Magistrato per proferire giustamente e legalmente la sua decisione su tutte le ricerche, di cui costa il giudizio stesso.

Notissima è la distinzione che suol farsi della certezza in

(1) Nel progresso di questo libro vedremo che la contestazione del reato, la legittimazione degli atti ec. sono tutte guarentigie giuridiche competenti al reo in forza del *sistema notificatorio*, che le odierne leggi di tutta Europa sommamente rispettano.

metafisica, *fisica* e *morale*, ma non convengono i Scrittori nell'assegnare i caratteri distintivi di queste tre specie (se tali dir si possono) di certezza. Il Filangeri giudiziosamente osservò che la verità e la falsità è riposta nella proposizione, la certezza nell'animo dell'uomo, ed aggiunse, che il supporre una gradazione fra la certezza metafisica, la fisica e la morale, attribuendo alla prima il massimo valore, alla seconda il medio, alla terza l'infimo, è un enorme assurdo. Ma s'egli fu sin qui felice ne' suoi concetti, non lo fu egualmente quando disse che, *se la proposizione contiene il rapporto di idee puramente astratte*, *la certezza è metafisica*; *se contiene il rapporto d'idee puramente sensibili*, *la certezza è fisica*: *se contiene il rapporto d'idee morali* e *di fatto*, *la certezza è morale*. Quando io affermo che ogni pianeta ha un moto di rotazione intorno il proprio asse, io esprimo un rapporto di idee astratte, poichè unisco l'idea astratta di pianeta a quella parimenti astratta di moto; eppure la mia certezza è fisica se di tal moto mi accorgo coll'uso di telescopj. Quando io sulla fede de' Geografi affermo che nell'isola di Teneriffa nell'Africa esiste una delle più alte montagne del mondo, esprimo un'idea sensibile: eppure la mia certezza è morale. Quando Cesare descriveva ne' suoi commentarj le battaglie sostenute e le vittorie riportate, esprimeva rapporti d'idee morali e di fatto: eppure in lui esisteva la certezza fisica, perchè le cose erano passate sotto i suoi sensi. Vediamo adunque se siavi altra strada per meglio distinguere l'essenza delle tre certezze metafisica, fisica e morale. 1.° Vi hanno delle proposizioni il cui opposto contiene una contraddizione che ripugna e distrugge l'idea stessa: tali sono per esempio le seguenti: *il tutto è maggiore delle sue parti*: *due cose eguali ad una terza sono eguali fra loro*, poichè se fosse diversamente, il *tutto* non sarebbe *tutto*, e quelle due cose sarebbero eguali e non eguali (1). In questo caso la certezza è me-

(1) Si verificano in questo caso in noi quelle cognizioni che i logici chiamano *pure*.

tafisica, e il di lei fondamento è riposto in quello assioma che una cosa non può essere e non essere nel medesimo tempo. 2.° Vi hanno delle proposizioni il cui opposto non implica contraddizione, ma ripugna alle leggi con cui reggesi il mondo visibile: di tal indole sarebbe il dire: *il sasso abbandonato a se stesso deve cadere*: *non può un corpo più grave dell'acqua galleggiare*: *è giorno poichè vedo il sole sull'orizzonte* (1). In questo secondo caso la certezza è fisica, ed il suo fondamento è riposto nelle leggi fisiche, e nell'azione de' nostri sensi. 3.° Vi hanno delle proposizioni il cui opposto ripugna a ciò che suole spessissimo accadere o rarissime volte non accadere, lo che chiamasi *principio di analogia*. Di tal indole sarebbe il dire *Tizio uomo di sperimentata probità non sarà per negare a Cajo la restituzione di un oggetto prezioso che ha presso lui depositato*. Al principio di analogia riducesi anche la testimonianza altrui, quando concorrono ad asserire un fatto più persone, nelle quali esistano attitudine de' sensi a discernere il vero e volontà non interessata ad ingannare. Così quando noi diciamo *Cesare fu pugnalato in Senato*, *Nerone fece morire Agrippina sua madre*, la certezza che abbiamo di questi due fatti narrati concordemente da molti storici è appoggiata a quel principio, che molti uomini non si riuniscono gratuitamente a mentire. Nella prima proposizione si verifica la certezza *morale semplice*, nelle due ultime la certezza *morale-storica*. Ecco i veri caratteri delle tre specie di certezza, nelle quali però sarebbe assurdo il figurare, come giustamente avvertiva il Filangeri, una gradazione, cioè porre nel grado più sublime la *metafisica*, nel medio la *fisica*, nell'infimo la *morale*. Perocchè la certezza morale dell'esistenza di Roma per un uomo che mai non vide quella città, è niente minore della certezza di Euclide, che i tre angoli di un triangolo sono eguali a due retti.

Ora vediamo fra queste tre specie di certezza quale debba servire al giudice per emanare il suo giudizio sulle

(1) Queste cognizioni chiamansi dai logici *miste*.

criminali controversie. La certezza metafisica non può in questo caso neppur concepirsi, poichè l'avere un uomo commesso o non commesso un delitto, non è una proposizione, il cui opposto possa implicare una contraddizione che distrugga l'idea della cosa. Il giudice adunque non potrebbe della reità di un cittadino avere altra certezza che la fisica o la morale. Per aver la fisica, converrebbe che avesse veduto co' proprj occhi il cittadino commettere il delitto. Ma in questo caso egli farebbe da testimonio e da giudice: facendo da testimonio e da giudice giudicherebbe della propria idoneità a far testimonianza, che è quanto dire del proprio disinteresse, della propria attitudine a conoscere il vero; in una parola renderebbe giudizio sopra se stesso, lo che sarebbe cosa troppo pericolosa per la giustizia. Dunque il giudice per assicurarsi della reità di un cittadino non può che valersi de' sensi altrui, ossia servirsi della testimonianza di altri sia che questi abbiano veduto commettere il delitto, sia che senza essere stati spettatori del medesimo abbiano co' loro sensi percepito de' fatti antecedenti, concomitanti, o susseguenti il delitto, che portino concludentemente a ritenere la commissione di esso per opera di un determinato cittadino. (E qui lasciando intatta per ora la questione se il reo possa far prova contro se stesso, avvertiremo soltanto che chi sta per l'affermativa non può non comprendere la confessione del reo sotto il vocabolo generico di *testimonianza*). In una parola il giudice non può avere se non se la certezza *morale-storica* della reità od innocenza del cittadino accusato.

§. V.

Dimostrato così che l'unica fonte da cui può derivare il criminale giudizio è l'altrui testimonianza, sottentrano due questioni: 1.° se la legge debba abbandonare all'arbitrio del giudice il modo di procedere nell'assumere le testimonianze, e nell'interrogare l'accusato, ovvero debba prescriverne le forme e statuire che il giudice stesso non possa mai da esse deviare: 2.° se la legge debba fissare de' canoni regolatori del

valore delle prove, oppure debba abbandonare l'estimazione di queste alla religione e coscienza del giudicante.

1.° Gli uomini non possono l'un l'altro leggersi vicendevolmente nel pensiero: per venirne in chiaro, quanto ad essi è concesso, servonsi del linguaggio, d'onde sorge un mutuo commercio d'interrogazioni e risposte, per cui le umane intelligenze si pongono a contatto come se scevre fossero del frale che le ingombra. Ma per la immediata connessione che passa fra la interrogazione e la risposta, ne deriva che il vario modo di concepire la prima può influire talmente nella seconda da renderla conforme o difforme dalla verità. Ora se la legge abbandonasse all'arbitrio del giudice il procedere a capriccio nell'assumere le testimonianze, ne emergerebbe il gravissimo inconveniente che sarebbe in di lui facoltà il fare apparire la verità, o l'occultarla. Altronde vedemmo che il cittadino e fuor di giudizio e in giudizio ha il diritto della sicurezza ossia della *inviolabilità*. Ora egli non sarebbe più inviolabile se esistesse nel Funzionario indagatore il potere di perderlo benchè innocente. Dunque la legge deve fissare le norme di assumere le testimonianze, d'interrogare il reo, di procedere dal principio al fine del giudizio per assicurarsi che la difesa sociale non sia convertita in offesa, e che la sicurezza del cittadino non sia amareggiata e distrutta dal pericolo sommo che sapesse sovrastargli ogni qual volta fosse per incorrere o meritamente o immeritamente in un criminale giudizio.

2.° La varietà degli umani intelletti è tale e tanta che difficilmente incontransi due uomini dell'egual pensare. Taluno per persuadersi di un fatto esigerà di esserne accertato da tre o quattro persone: tal altro alla narrativa di un sol'uomo in cui ripone fiducia ne rimarrà pienamente convinto: un solo indizio basterà a persuadere un uom credulo, mentre un altro fornito di avvedutezza e di esperienza esiterà a convincersi malgrado il concorso di più di essi. Se la legge non fissa alcuna norma alla certezza del giudice, ne verrà che la vita, l'onore, le sostanze del cittadino saranno in piena ed assoluta

balla de' giudicanti. Può l'uomo nei giudizj esser vittima o dell'errore della legge o dell'errore dell'uomo. Ma il primo è difficilissimo, per non dire impossibile, poichè la legge è il frutto della esperienza di molti e molti secoli: il secondo è facilissimo, poichè per evitarlo non si ha che il soccorso della esperienza di pochi anni. Ora qual sarà il legislatore che vorrà lasciare i cittadini esposti al secondo, avendo in mano i mezzi per guarentirli e difenderli da esso mediante canoni regolatori della prova giudiziale? Dunque la legge deve regolare e dirigere la certezza del giudicante (1).

Da questo principio discende una importante distinzione della certezza morale in *certezza morale dell'uomo*, e *certezza morale della legge*, derivante la prima dal solo criterio del giudice, la seconda derivante dal criterio inalterabile del legislatore. Siccome poi la seconda non è tale se non in forza di principj determinati derivanti ad un tempo dalla *logica* e dalla *politica*, così viene a sorgerne un ramo particolare della nostra Scienza conosciuto sotto il nome di *logica politica*, che è *l'arte di sottoporre a calcolo giuridico la forza delle prove ne' criminali giudizj, per raggiungerne la gius'a estimazione, e così conciliare la minore possibile impunità dei delinquenti colla maggior possibile sicurezza degli innocenti.*

§. VI.

Dal sin qui detto è facile il ravvisare che il presente libro va a dividersi in tre importanti trattati, cioè 1.° nel trattato *giurisdizionale* che indica le regole assegnatrici della competenza de' giudici o magistrati: 2.° nel trattato *ordinatorio* che addita gli atti e le forme che osservar deve la giusti-

(1) Vedremo nel progresso di questo libro le difficoltà che a far ciò si presentano, e come il legislatore può superarle. Vedremo ancora che in alcuni metodi di procedere può comportarsi nei giudici l'arbitrio nella estimazione delle prove, ma allora altre guarentigie giuridiche ne compensano largamente il reo.

zia amministrativa dal punto che segue un delitto fino alla condanna od assoluzione di chi ne viene accusato: 3.° nel trattato *logico-politico* che insegna le regole da seguirsi per estimar giustamente il valor delle prove ne' criminali giudizj. E siccome è ormai fuori di questione che niun ramo di scienze politiche può profondamente apprendersi senza il sussidio della storia, così sorge la necessità di un quarto trattato, che chiameremo *storico*, il quale dovrà fornirci almeno una succinta idea dei varj metodi più celebri seguiti dalle Nazioni per giungere alla scoperta del vero nelle criminali controversie. E poichè la parte storica è quella fiaccola che diffonde il suo lume su tutte le restanti parti di una scienza qualunque, così il trattato storico sarà da noi posto per primo, serbando gli altri nel luogo che abbiamo loro rispettivamente assegnato.

TRATTATO PRIMO

CAPITOLO UNICO

Della storia de' criminali giudizii.

SOMMARIO

§. 1. *Nozioni preliminari.*
§. 2. *Degli Ebrei, dei Greci ed altri antichi popoli.*
§. 3. *De' Romani sotto la Republica.*
§. 4. *De' Romani sotto l'impero.*
§. 5. *De' bassi-tempi.*
§. 6. *Del* Jury, *ossia del processo vigente in Inghilterra.*

§. I.

Fu già da noi osservato nel §. IV. del cap. I. del libro II. che il primo stato in cui trovaronsi gli uomini sulla terra (per chi non voglia vaneggiar sulla ipotesi della chimerica vita selvaggia) fu quello della società di famiglia, e che ad esso successe immediatamente quello delle *tribù* governate dai Patriarchi. Col progresso de' tempi ravvicinate queste ne' territorii, e fissati i termini dei medesimi a scanso di discordie, è a credersi, che i Padri Principi pe' casi più gravi abbiano avuto in costume di radunarsi a consiglio, e così formare una assemblea o concione. Difatti abbiamo dalla Genesi cap. XIV. che quando Codorlaomor mosse guerra ai re di Sodoma, di Gomorra, di Adama, di Seboim e di Bala, trovavasi in alleanza col re di Sennar, con quello di Ponto, e con Tadal,

che le sacre pagine appellano *re delle genti*. Ma benchè a quest'epoca dell'età del mondo già vi fosse un modo di governo per le tribù e persino alleanze e guerre offensive e difensive, pure la violenza, che venisse praticata da un individuo a carico di un altro, non veniva appresa nel senso di turbamento dell'ordine pubblico, ma unicamente vedevasi in essa una mera ingiuria privata, della quale spettasse all'offeso, a lui solo, il vendicarsi. D'altro lato l'offensore o respingeva la forza colla forza se di tanto estimavasi capace, o colla fuga esponeva se stesso ad un volontario esilio, e frattanto cercava di placar l'ira dell'offeso con offerte e doni. Ove ciò non gli veniva fatto, ricorreva alla protezione di qualche potente, fra quelli, ch'erano in possesso dell'impero patriarcale, e rendevasi a lui tributario di servigi per acquistar sicurezza. I sacri Interpreti ci dicono, che quel Tadal testè nominato fosse chiamato *re delle genti* come quello che avendo accolto presso sè i fuggiaschi e vagabondi erasi formato una schiera di sudditi di diverse razze: tanto è vero il fatto dell'associazione dei deboli ai potenti. Questi poi interessati a conciliare i loro affiliati cogli offesi per conservare il dominio sui primi, ponevansi di buon grado mediatori fra gli uni e gli altri, e per meglio riuscir nell'intento è a credersi, che avvalorassero la proposta di conciliazione colle sembianze di un comando. Così avveniva, che l'offeso, in cui il decorso del tempo aveva fatto scemare il desiderio della vendetta, facilmente inducevasi parte per timore parte per interesse alla concordia. Allora gli si faceva giurare all'ara dei Numi la pace ad impedirne la violazione: chè ove dopo ciò l'avesse infranta, si aveva per sacrilego, e dalla concione veniva severamente punito. L'entità poi dell'offerta o del dono dovette essere stabilita dal potente mediatore: se fosse stata rimessa all'arbitrio dell'offeso, veniva a darglisi un mezzo di stornare la pace con esagerare la sua pretensione (1). Ecco l'origine delle multe, che presso

(1) Fuvvi un tempo in cui presso i Romani si permise all'offeso di estimare il valor della ingiuria da sè sofferta per averne la ripara-

i popoli barbari servirono ad espiare qualunque delitto: ed ecco spiegata la ragione filosofica di quel morale fenomeno che nei tempi d'incolti e feroci costumi la più grave lesione della individuale sicurezza, l'omicidio, venisse represso con una multa (1).

Ma se così passavansi le cose quando l'ingiuria era avvenuta fra due oscuri privati, ben diverse erano le conseguenze quando l'offesa seguiva tra potente e potente, tra capo e capo delle tribù. Benchè l'intera concione avesse voluto riconciliarli, mal vi sarebbe riuscita, perchè in essi minore era il bisogno e minore il timore, due molle della concordia fra i privati. Era impossibile il far sì che essi non si azzuffassero. Ma poichè questa privata guerra era inevitabile, conveniva almeno rimuovere da essa ogni pericolo d'insidia, di frode, che sempre più esacerba gli animi; farla seguire in luogo publico e con quella nobile lealtà di cui l'uomo forte cotanto si gloria, e così impedire quell'infinito alternare di offesa e di vendetta, di azione e reazione che avrebbe desolata la terra. A tale effetto la concione stabilì il luogo, il tempo del combattimento, le armi da usarsi, e a poco a poco introdusse anche alcune formalità, che col ritardare lo sfogo dell'ira ne rendevano sempre meno temibili gli effetti. La intimazione del giorno destinato, la convocazione del popolo per mezzo degli araldi, il giuramento dei combattenti di non far uso di armi fatate o avvelenate nè d'altro mezzo fraudolento nel combattere ed altre simili furono le utili formalità dalla concione introdotte. Ecco l'origine dei *giudiziali* combattimenti, così

zione, ma allora era già stabilita una forma regolare di giudizio, ed il giudice aveva la facoltà di condannar l'ingiuriante in quel tanto di meno che credeva consentaneo alla giustizia. *Renazzi Elem. jur. crim. lib. IV. part. IV. cap. IX. §. VI.*

(1) Quanto qui si è esposto non è una mera ipotesi filosofica, ma è un fatto storico. Tacito ne fa fede parlando dei Germani — *Luitur etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus, utiliter in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiae juxta libertatem. De moribus Germanor cap.* 21.

chiamati perchè l'ammirazione che i popoli in quel loro punto di età professano alla forza (1), fece sorgere in essi la persuasione che per parte del vincitore dovesse star la ragione. Il dover combattere fu dunque la pena del malfattore, ma questa pena non suscitò nei popoli alcuna idea politica: essa non venne appresa che sotto la *nozione sentimentale di vendetta* (2).

Dicemmo che la concione puniva i violatori della giurata concordia come sacrilegi, ossia come offensori de' Numi. Col lasso del tempo si vide più vantaggioso al comune ben essere l'ingerir negli uomini l'idea che ogni violenza, ogni ingiustizia fosse (come in fatti è) un'offesa al Nume. Quindi la necessità di placare la Divinità offesa con sacrifizj, cioè con offerte spontanee di doni. Frattanto mitigavasi l'ira dell'ingiuriato nel vedere l'offensore umiliato ai piedi degli altari. Agamennone presso Omero espia con un ecatombe ad Apollo l'offesa fatta al Sacerdote Crise ricusando il prezzo del riscatto da questo offertogli per redimere la figlia. Ma non sempre l'ira dei Numi placavasi con semplici doni. Se enorme era il reato, doveva il malfattore espiarlo col suo sangue sugli altari. Allora ei veniva condannato colla formola *sacer esto*. Ma incapaci tuttora i popoli di desumere il fondamento della condanna da una imparziale investigazione delle prove troppo superiore alle forze del loro intelletto, credettero prevalersi in luogo di essa di superstiziose osservazioni, nella lusinga che il Nume con segni manifesti dovesse venire in soccorso della loro ignoranza. Quindi il volo degli augelli, il romoreggiar del tuono, il moto delle viscere palpitanti di bruti immolati al Nume e più spesso le risposte dell'Oracolo tenevan luogo di giudizio di morte, e talvolta pure con fausto aspetto apportavano salute. La cerva che involò Ifigenia al sacerdotale coltello fu una

(1) Da *vis* derivò *virtus*, e questa parola significò ad un tempo la forza fisica e la virtù morale.

(2) Si richiamino qui le tre origini storiche della pena accennate nel §. IV. cap. I. part. I. dell'antecedente libro.

pietosa frode per salvare quella vergine innocente. Fin qui la pena presentò l'idea di espiazione.

Ma tostochè la concione era giunta a costringere l'offeso alla concordia, stabilendo persino l'ammenda che ne doveva essere il prezzo, tostochè era giunta ad impadronirsi del diritto di assegnare il campo ai potenti contendenti, e di prescriver loro il tempo e il modo di combattere, tostochè procedendo più innanzi era riuscita a far presentare l'offensore all'ara del Nume per espiare il proprio delitto, molto facile riuscivale un'altra estensione del proprio potere (a cui tanto gli uomini agognano) coll'arrogarsi il diritto di giudicare della giustizia od ingiustizia dell'offesa e del male da infligersi all'offensore o per soddisfare la passione dell'ingiuriato, o per altro fine analogo alle idee di que' tempi. Così la concione investì se stessa del potere di giudicare, e fu questo il primo germe dell'aristocratico governo, onde si ressero un tempo i popoli posdiluviani. Se non che, costituita l'aristocrazia, i patrizj troppo rigidi nell'escludere, contro l'esigenza dei tempi, dal dominio i plebei, furon poi causa che il poter loro rovinasse per dar luogo, dove alla democrazia, dove, scorso quasi di slancio il periodo democratico, alla monarchia. A questo periodo d'incivilimento deve esser sorta nei popoli *l'idea razionale* della pena, ed allora dovettero stabilirsi quelle sì sagaci ed utili formalità di procedere contro gli accusati, di cui si ha menzione presso i popoli più famosi dell'antichità, e delle quali ci occuperemo nei susseguenti paragrafi.

Intanto giova premettere che a due si riducono i più celebri metodi di procedere nei criminali giudizj conosciuti presso le Nazioni sì antiche che moderne: l'uno distinguesi con il nome di *processo accusatorio*, l'altro con quello di *processo inquisitorio* o *quesitorio*. Essenza e caratteri del primo sono che ogni cittadino possa accusare il preteso autor del delitto; che il processo non possa aver impulso se non da un privato accusatore e non mai da alcun officiale pubblico in modo che senza un tale impulso non si faccia luogo al procedimento; che lo scegliere e proporre le prove e riprove sia opera uni-

camente dell' accusatore e del reo; che l' accusatore debba dare cauzione di perseverare nel giudizio; che l' accusatore soccombendo debba esser punito; finalmente che il giudizio sia emanato dal popolo o ne' comizii o pel sistema delle sorti, e con recisa affermazione o negazione tale che presenti una decisione piena certa e irretrattabile a pro del reo o dell' accusatore. Essenza e caratteri del secondo sono che il giudice destinato dalla legge debba per obbligo del suo ministero intraprenderlo, proseguirlo e portarlo a termine indipendentemente dalla istanza di alcun privato, ma *con metodo indagativo imparziale, coscienzioso, rigorosamente analitico*; che egli debba scegliere, proporsi ed assumere i mezzi di prova; che questi debbano essere ridotti in iscritto; che durante la compilazione degli atti (esclusi i preliminari) il reo, ove trattisi di delitti gravi, sia custodito; che gli atti siangli comunicati compiutane la compilazione e non prima; che finalmente il giudizio sia proferito da Giudici Giureconsulti con criterio logico-legale. Questi due metodi adunque hanno caratteri sostanzialmente opposti ed inconciliabili fra loro.

Nel progresso di questo libro spiegheremo più ampiamente questi caratteri, e ne addurremo le ragioni.

§. II.

Fra gli antichi popoli il più famoso certamente è l'ebraico. I miracoli più straordinarj, le grazie più segnalate che, secondo la espressione del Beccaria, tennero a lui luogo della umana politica, le insigni vittorie riportate, le savie leggi, i copiosi ed irrefragabili monumenti storici, il grande spazio di terra percorso lasciando ovunque segni di una particolare divina predilezione, gli attribuiscono il primo rango fra i popoli dell' antichità. È quindi pregio dell' opera il conoscere qual fosse il metodo di procedere contro i rei adottato da questo popolo, che può dirsi veramente eccezionale.

Il Renazzi nella sua erudita *Diatriba de ordine judiciorum criminalium §. III. nota 2.* ci avverte che questo metodo

era l'accusatorio. Opina questo Autore che la criminale giurisdizione appartenesse al gran Sinedrio, cui egli riguarda come un tribunale supremo. Crede che questo desse l'ordine di cattura contro il reo, che in seguito di ciò avvenisse la di lui traduzione al cospetto del gran Pontefice o del Principe, che quindi l'accusatore proponesse la sua accusa con la formola *judicium mortis est viro huic*, *quia hoc aut illud fecit*, ed il reo o chi ne assumeva la difesa respingesse l'accusa coll'opposta formola *judicium mortis non est viro huic*, *quia illud non fecit;* che finalmente perorata dall'una e dall'altra parte la causa, i giudici dessero i voti, e la preponderanza di questi stabilisse l'assoluzione o la condanna.

Non possiamo in tutto convenire con questo Autore altronde dottissimo. Se egli è vero, come non può dubitarsi, che il Sinedrio, di cui a torto vantano alcuni antica l'origine, non incominciò a sorgere che sotto i Maccabei (1), sarà necessario fare una distinzione di epoche per ben discernere da quali persone fu esercitata la criminale giurisdizione presso gli Ebrei. È certo che Mosè dopo l'uscita dall'Egitto rendette giustizia per se medesimo al popolo. Quindi a consiglio del proprio suocero Jetro scemò la soma ch'erasi imposta, creando i Principi del popolo, i Tribuni, i Centurioni, i Quinquagenarj e Decani che giudicassero le controversie nascenti fra il popolo, con precetto però di riferire a lui le cose più difficili (2). In seguito, costituite le città, Dio gli comandò che in ciascuna di esse istituisse i giudici (3), ma ove questi fossero nei loro voti discordi, egli stesso dovesse insieme ai Leviti costituire il tribunale supremo ed ispirato, detto *del*

(1) Calmet Diss. de politia sive ratione juris dicundi apud Hebraeos in fine.

(2) Electis viris strenuis de cuncto Israel constituit eos principes populi, tribunos, et centuriones, et quinquagenarios et decanos, qui judicabant plebem omni tempore. Quidquid autem gravius erat, referebant ad eum, faciliora tantummodo judicantes. Exod XVII. 25 et 26.

(3) Judices et magistros constitues in omnibus portis tuis. Deuteron. XVI. 18.

Tabernacolo, le cui decisioni si avessero in tanta autorità, che il ricalcitrarvi fosse capitale delitto (1). Su questo piede continuò il politico regime degli Ebrei, finchè ad essi piacque di avere un re, giusta la predizione loro fatta da Dio (2). Allora i re esercitarono la giurisdizione, come il dimostra il giudizio reso da Salomone fra le due contendenti donne. Finalmente in tempo di schiavitù i delitti vennero giudicati dai Seniori del popolo, cioè dai giudici, che ogni anno si eleggevano fra il popolo stesso (3). Che se dal cap. XIII. di Daniele apparisce, che la condanna e successiva assoluzione dell'innocente Susanna fu emanata dal popolo, ciò avvenne, perchè in quel singolarissimo giudizio i due giudici annuali eransi eretti in accusatori (4). Ecco adunque il passaggio della giurisdizione criminale da Mosè ai principi del popolo, da questi ai re, e finalmente ai Seniori giusta i diversi tempi. Il Sinedrio a parere dei più eruditi scrittori non la ebbe se non nelle ultime epoche dell'antica Sacra Storia, e chiuse l'esercizio di questo formidabil potere colla condanna dell'Uom-Dio, per la quale al dire del P. Granelli *coll'eccidio della Nazione fu*

(1) Si difficile et ambiguum apud te judicium esse perspexeris . . . . et judicum intra portas tuas videris verba variari: surge et adscende ad locum quem elegerit Dominus Deus tuus, veniesque ad sacerdotes levitici generis, et ad judicem qui fuerit eo tempore, quaeresque ab eis qui judicabunt tibi judicii veritatem . . . . . qui autem superbierit nolens obedire sacerdotis imperio, qui eo tempore ministrat Domino Deo tuo, et decreto judicis, morietur homo ille. Deuter. XVII. 8. 9. et 12.

(2) Cum ingressus fueris terram, quam Dominus Deus tuus dabit tibi, et possederis eam, habitaverisque in illa, et dixeris: constituam super me regem, sicut habent omnes per circuitum nationes. Eum constitues quem Dominus Deus tuus elegerit de numero fratruum tuorum. Deuter. XVII. 14. et 15.

(3) Et constituti sunt de populo duo senes judices in illo anno. *Dan. XIII.* 5.

(4) Credidit eis multitudo quasi senibus et judicibus populi, et condemnaverunt eam ad mortem. *Dan. XIII.* 41.

sepolto non so se più nell' orrore, o nella infamia di tutti i secoli (1).

Dopo questa necessaria digressione non sarà inutile l'accennare alcune provvidissime leggi, che presiedevano ai giudizj criminali degli Ebrei. Era stabilito che un sol testimonio non facesse prova, ma bensì due o tre se ne esigessero per la condanna del reo (2): che l'accusato per mezzo di niun fisico dolore si astringesse a confessare il delitto, ma solo con la semplice esortazione *da gloriam Deo* (3): che fossero esclusi dal far testimonianza dieci classi di uomini, cioè gli schiavi, i minori, gli stolti, i sordi e muti, i ciechi, gli empj, i temerarj, i congiunti sino a un certo grado, i convinti di falsità, e le donne (4): che i testimonj dovessero separatamente interrogarsi, perchè in caso di falsità potessero esser colti in contraddizione, come fece Daniele nella causa di Susanna (5): che finalmente niun reo venisse condannato indifeso (6).

È certo poi che il metodo di procedere fu l'accusatorio, e che i calunniatori soggiacevano alla stessa pena che sarebbesi inflitta al reo, freno salutare alla illimitata facoltà di accusare (7).

Volendo parlare de' Greci è d'uopo fermar lo sguardo sugli Ateniesi, popolo il più culto il più celebre fra tutti gli Achivi, e le cui leggi servivano alle genti limitrofe di modello. La criminale giurisdizione fu presso essi promiscua fra il popolo ed alcuni determinati tribunali. L'accusatore faceva la *probole* ossia la prima accusa dinanzi al popolo: quindi se riportava la maggioranza dei voti, lo che costituiva un giudizio

(1) Storia dell'antico testamento spiegata in lezioni. *Lez.* 181.
(2) Deuter. XIX. 15.
(3) Josue VII. 19.
(4) Granelli opera citata Lez. 181.
(5) Dan. XIII. 54. et 58.
(6) Joann. VII. 51.
(7) Deuter. XIX. 16. 18. 19. et 21.

di fatto sulla reità dell'accusato, doveva presentarsi ai *Tesmoteti* o Conservatori delle leggi, e questi introducevano la causa innanzi un tribunale di giudici tratti a sorte e giurati: da questi si determinava la pena. A siffatte formalità conformossi Demostene nell'accusa contro Midia. Il diritto di accusare dei delitti publici quali erano *le leggi mal poste, le ambascerie violate ec.* apparteneva ad ogni cittadino. Ma l'accusatore che non conseguiva la quinta parte de' voti era condannato ad un'ammenda di 1000. dramme, ed era riguardato come infame, lo che avvenne di Eschine nella causa contro Tesifonte e Demostene. Non pagando la multa andava in esilio. Dal fin qui detto è facile il comprendere che il metodo era l'accusatorio, e che non andava disgiunto da quelle cautele che ne allontanano ogni assurdo, e ne costituiscono perciò l'essenza.

Così trattavansi i criminali giudizj presso quei popoli, ai quali era ignoto il dominio assoluto e dispotico, e presso cui la libertà civile era in pregio. L'opposto avveniva nelle due grandi antiche Monarchie degli Assirj cioè e dei Persiani, ove tutto ad arbitrio decidevasi del Monarca. Nabucco circuito dai calunniatori condanna i tre innocenti fanciulli ad essere divorati dalle fiamme, e non vi vuol meno di un miracolo dell'Onnipotente per farlo avvedere del suo falso giudizio. Aman sotto Assuero stava sul punto di sacrificare al suo dispotismo e capriccio l'innocente Mardocheo, se la bella Ester non impietosiva il cuore del Monarca mediante l'impero che ha la virtù congiunta alle grazie.

§. III.

Poco di rimarchevole offre la romana storia nel suo primo periodo intorno alla criminale procedura. Da quanto riferisce Tito Livio sul fatto di Orazio può raccogliersi che i delitti si accusassero innanzi al re: che questi avesse la facoltà o di giudicarli per se stesso, o di nominare i Duumviri che decidessero *del fatto*: (dico del fatto poichè la pena degli atroci

delitti era inflessibilmente determinata dalla legge) e che finalmente il reo condannato dai Duumviri avesse il diritto di appellare al popolo.

Appena convertito il Governo della monarchica forma nella repubblicana, la giurisdizione criminale fu affidata ai Consoli. Questi la conservarono fino alla emanazione della legge Sempronia che ordinò non potersi tener capitale giudizio contro un cittadino se non nei centuriati comizj. Di poi col lasso del tempo s' istituirono, come altrove avvertii, i *Questori di parricidio* ed i giudici si elessero ora dall' ordine senatorio ora dall' equestre, sia per l' atrocità sia per novità della cosa, come nel caso di Milone accusato di premeditato omicidio, e di Clodio accusato di violati misteri sacri. Finalmente fu stabilito che da un numero determinato di giudici estratti a sorte e giurati si emanassero i criminali giudizj previe le salutari forme che mi accingo ad esporre.

L' accusatore prima di tutto *citava* il reo, che è quanto dire lo invitava a seguirlo avanti il Pretore: il reo ricusante o dava cauzione di comparire, o veniva tratto a forza in giudizio. Comparso tanto l' accusatore quanto il reo, il primo chiedeva al Pretore il permesso di poter deferire il nome, (*deferre nomen*) lo che non concedevasi a chi era destituito dei diritti civili, come le donne ed i pupilli, o impedito da qualche carica od ufficio, come i Magistrati e i soldati, o sospetto di abusare dell' accusa, come i calunniatori, i prevaricatori, gl' infami. Se erano più gli accusatori, e fra essi non convenivano di sostenere in comune l' accusa, aveva luogo il giudizio detto *divinatio*, cioè una questione preliminare per decidere chi di essi dovesse essere preferito nell' accusa: nel qual giudizio i giudici ponevano mente ai costumi, all' età, alla perizia de' contendenti, ed al maggiore o minore interesse che gli animava all' accusa, per iscegliere il più caldo ed insieme esperto accusatore (1).

(1) E' nota la disputa che ebbe Cicerone con Quinto Cecilio per esser preferito a questo nell' accusa di Verre. Cicerone per la sua elo-

Nel giorno poi prefisso dal Pretore facevasi la delazione del nome con questa od altra simile formola — *Ajo te Siculos spoliasse* (1). Se il reo confessava il delitto, veniva senza altra indagine condannato, della qual cosa addurrassi a suo luogo la ragione. Se il reo taceva, aveva luogo a di lui pregiudizio l'*aestimatio litis*, ossia subiva la condanna per tutti gli effetti civili dell'accusa, non così pei criminali giusta la dotta osservazione del Filangieri (2). Se negava, l'accusatore chiedeva al Pretore che il nome del suo denunziato fosse ricevuto tra i rei, e ciò eseguivasi dallo accusatore o colla presentazione del libello, o col far trascrivere sul codice publico la sostanza della sua incolpazione. In ambi i casi però doveva prestar la cauzione di perseverar nel giudizio, e sottoscrivere la sua accusa con una formola espressamente voluta dalle leggi, e consistente nel dichiarare di assoggettarsi alla stessa pena provocata contro il reo, qualora egli, l'accusatore, rimanesse soccombente in giudizio (3). Prodotto il libello o trascrittone il sunto presso il Pretore, questi stabiliva il giorno della comparsa dell'accusatore e del reo, il quale era il decimo o il trigesimo. Intanto sì il reo che i di lui cognati ed affini fino al 6.° grado vestivansi di vesti disusate (4), e andava il primo procacciandosi uno o più *patroni* ossiano difensori (5).

quenza fu prescelto, quantunque il di lui avversario adducesse d'essere stato personalmente offeso da Verre.

(1) Ascon. in III. Verr.

(2) Lib. III. part. I. cap. VI. nota I.

(3) Ecco perchè l'Anton Matteo insegna che l'iscrizione del libello ha tre parti, cioè *l'iscrizione propriamente detta*, la *sottoscrizione*, e *la cauzione* Vol. V. pag. 48. e 49. Edizione fiorentina. La formola dell'iscrizione viene riferita da Paulo nella leg. 3. *ff de accusat. et inscript.* Quella della sottoscrizione può vedersi nel §. II cap. I. trait. III di questo libro in nota.

(4) *Leg.* 39. *ff. de injuriis.*

(5) Potevano intervenire a tutela del reo, come insegna l'Anton Matteo sull'autorità di Asconio, il *patrono*, *l'avvocato*, il *procuratore* ed il *cognitore* Davasi il primo titolo a colui che insignito della

Giunto il dì stabilito (*dies dictus*) venivano per mezzo del banditore citati a comparire l'accusatore, il reo e i di lui *patroni*. Non comparendo l'accusatore, cancellavasi dalle tavole il nome del reo. Comparsi ambedue, facevasi l'estrazione a sorte dei giudici in quel numero che la legge prescriveva, traendoli da un'urna in cui rimanevano i nomi di tutti quelli cui spettava in quell'anno l'ufficio di giudicare. Fra gli estratti era lecito tanto all'accusatore quanto al reo il ricusar quelli nei quali non avessero fiducia, e in luogo di essi il Pretore, oppure il giudice della questione, altri ne estraeva. Formato così il numero dei cittadini richiesto per emanare il giudizio, dovevano essi prima di tutto giurare di emanare la sentenza a tenore di legge (1). Quindi subito trattavasi la causa mediante l'accusa e la difesa. L'accusatore soleva produrre tre specie di prova, cioè 1.° le *questioni* (quaestiones) che erano le testimonianze dei servi estorte per mezzo de' tormenti: 2.° i testimonj che dovevano essere uomini liberi e non infami, i quali confermar dovevano col giuramento le proprie testimonianze, onde furon detti *giuratori*: 3.° le tavole ossia qualunque genere di scrittura che potesse servire alla prova del delitto. Tutto questo poi adornavasi col corredo d'indizii, congetture, sospetti tratti dai costumi del reo, dalle varie circostanze della sua vita ec. ed esposti nel modo il più artificioso ed elegante che fosse possibile. Sponevano in ultimo i patroni del reo la difesa, nella quale contrapponevano prove

nobile qualità di oratore perorava solennemente la causa avanti i Giudici. Avvocato dicevasi quegli che, per officio d'amicizia verso il reo presente, interveniva al giudizio per suggerire le ragioni di diritto. Procuratore appellavasi colui, che tutelava la ragioni del reo assente. Cognitore finalmente colui che la causa del reo presente di tal guisa in sè assumeva da doverla trattar come propria. Di più era lecito al reo l'avere a sua difesa più patroni, talchè *M. Scauro* ne ebbe sei, fra i quali il Principe de' romani oratori, e in appresso il numero di essi giunse fino a dodici. *Ant. Matth. ad lib.* 48. *ff. tit.* 13. *cap IV.* §. *1.*

(1) *Jurabant, se ex lege judicaturos.* Sigon. de judiciis.

a prove, indizj a indizj, e si sforzavano con tutti i prestigj dell' eloquenza di muovere l' animo dei giudici a favore del loro difeso. Insomma seguiva fra le due parti una vera guerra di facondia, nella quale ciascuno tentava con ogni arte di rimaner superiore.

Dopo ciò i giudici emanavano la loro sentenza, a meno che seguisse la *comperendinazione*. Questa altro non era che una seconda azione che i giudici concedevano alle parti litiganti, la quale eseguivasi per lo più dopo il terzo giorno, ed in essa parlava prima il reo e poi l' accusatore (1). La sentenza poi davasi nel modo seguente. Il Pretore consegnava ai giudici tre tavolette, sulla prima delle quali stava scritto A. *absolvo*, sulla seconda C. *condemno*, sulla terza N. L. *non liquet*, e gli inviava allo scrutinio. I giudici ponevano poi nell' urna la tabella a cui erasi conformato il loro sentimento: il Pretore raccoglieva i voti, e secondo la maggioranza di essi pronunciava la sentenza, aggiungendo in caso di condanna la pena. La parità dei voti o dovette essere evitata dalla legge mediante la fissazione del numero dispari dei giudici (lo che è da presumersi che si facesse nelle prime epoche dell' accusatorio processo) o, in mancanza di tal provvedimento, non potè produrre altro effetto che di lasciare irrisoluta e nuovamente proponibile la questione (2). Se la maggioranza portava *non liquet*, la causa dicevasi ampliata, cioè doveva riproporsi in un determinato giorno, nel quale tanto il reo quanto l' ac-

(1) Non era permessa al reo *l' anticategoria*, ossia il rendersi accusatore dell' accusatore, eccetto il caso che si proponesse di provarlo autore dello stesso delitto, di cui esso reo veniva accusato, poichè in tal caso l' accusa convertivasi in difesa. *Ant. Matth. de crimin. vol. V. pag. 72. edit. Florentiae.*

(2) Nel cap. V. tratt. III. del presente libro esporremo le ragioni di questa nostra opinione, e dimostreremo che il costume d' assolvere il reo in caso di parità di suffragi ripugna al pretto sistema di publica accusa, e perciò dovette sorgere allora soltanto quando incominciò alcun poco a corrompersi il vero metodo accusatorio.

cusatore erano ammessi a produrre nuove prove, ad addurre nuovi indizj, ad esporre nuove perorazioni (1).

Assoluto il reo, due gindizj rimanevano a farsi contro l'accusatore, il primo di *calunnia*, della quale ove fosse l'accusatore convinto, veniva punito giusta la legge *Remmia*: il secondo di *prevaricazione*, qualora l'accusatore colludendo col reo avesse dissimulate le prove dell'accusa. Ma questo secondo giudizio probabilmente non ebbe vita che sotto Augusto, giacchè non è proprio del pretto metodo accusatorio.

Interveniva nei giudizj in assenza del Pretore *il giudice della questione.* Officio di questo Magistrato era l'assistere all'azione, estrarre a sorte i giudici, udire i testimonj, ispezionare le tavole, ordinare la tortura dei servi, contenere in freno i litiganti quanto fosse d'uopo alla maestà del giudizio, fare insomma tutto quello in cui il Pretore o per la sua dignità o per le sue occupazioni non credeva ingerirsi.

Finalmente non è da passarsi sotto silenzio che giusta i diversi tempi vennero i giudizj emanati dal popolo, ma sempre col metodo accusatorio e con forme non dissimili dalle suddette. Anzi dopo anche costituiti i giudici, alcuni giudizj rimasero sempre riservati al popolo finchè durò la republica, e particolarmente il giudizio di perduellione ossia di lesa maestà del popolo romano.

§. IV.

Le vicissitudini, a cui andò soggetto il criminale processo sotto i romani imperadori, sono un monumento di quanto possa

(1) E' facile il vedere che *l'ampliazione* differiva dalla *comperendinazione* La prima facevasi due tre ed anche più volte finchè i giudici si risolvevano o per assolvere il reo o per condannarlo. La seconda facevasi una sola volta. Nella prima incominciava sempre la perorazione dall'accusatore, dopo del quale parlava il reo: nella seconda prima al reo, poi all'accusatore era conceduto il parlare. *Ant. Matth. de crimin. vol. V. pag.* 67. *edit. Florent.*

il dispotismo de' regnanti quando non sia frenato da una religione atta per la sua divina origine a formare un vincolo di fiducia tra i popoli e il Sovrano e a far sì che questi rispetti l'inviolabilità di quelli. Gl'imperadori succeduti ad Augusto ben presto si avvidero, che con quelle salutari forme di procedere testè storicamente narrate era impossibile sacrificare alla calunnia coloro che per virtù d'animo e amor di giustizia avessero avversato le esorbitanze del dispotismo. Quindi tutti l'un dopo l'altro, eccettuati pochi d'indole benigna ed umana, posero mente a far sì, che le solennità della pubblica accusa si trasandassero e alla fine si obliterassero. Così avvenne, che ai tempi di Ulpiano e di Paulo, i quali fiorirono sotto il regno di Alessandro Severo, il metodo de' pubblici giudizii era andato onninamente in dissuetudine, come il primo di quei Giureconsulti ci ammaestra nella *leg. 8. ff. de publicis judiciis* già riporta ta alla pag. 301. Quindi i delitti, o pubblici o privati o stra ordinarii che fossero, tutti si giudicavano e si punivano *extra ordinem*. Dal che due perniciose conseguenze discesero : 1.° che gli accusati non ebbero più quelle guarentigie, che dall' iscrizione del libello, dal numero de' giudici, dalle ricuse perentorie e tutt'altro loro derivavano: 2.° che tutte le pene divennero *arbitrarie*, cioè rimesse in piena balìa de' magistrati, che a loro libito le statuivano ora più leggiere, ora più gravi, trattando sempre con benignità il ceto più distinto, con qualche maggior rigore il medio, e con decisa severità l'infimo. Di quest'assoluta arbitrarietà delle pene ci assicura Ulpiano con questi termini — *Hodie* (abbiamo da Gotofredo nella *leg. 32. ff. ad leg. Corn. de falsis*, che — *vox hodie, veteris juris abrogationem indicat*) *licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem : ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat. Leg. 13. ff. de poenis*. Persino i dodici delitti di azione pubblica, che noverammo alla p. 297 furono avvolti nella sorte degli altri, e si distinsero dagli straordinarii e dai privati solo pel *nome*, per la *suscettività* di essere da qualunque cittadino accusati, e per esserne la

pena determinata dalle leggi de' pubblici giudizii (1). Ma questa stessa pena, mentre era conservata anzi esacerbata nel modo di esecuzione per gli uomini di basso ceto, veniva mitigata per le persone di grado elevato, come si raccoglie dal lib. V. delle *sentenze* di Giulio Paulo nei titoli *ad leg. Jul. de sicariis, ad leg. Corn. testamentariam, ad leg. Jul. de vi publica, ad leg. Jul. majestatis.*

Nè qui finirono le esorbitanze, alle quali spinsero il loro potere gl' imperadori succeduti ad Augusto. Non contenti che la criminale giurisdizione (2) fosse passata dal popolo al Senato, ne vollero investire se stessi sia per poterla esercitare personalmente ogni volta, che loro andasse a grado, sia per farla esercitare in loro nome dal Prefetto di Roma e dai Presidi delle Provincie. Escogitarono poi uno stromento formidabile per dar moto ai criminali giudizii, e questo fu la istituzione degli *Irenarchi*, *Curiosi*, *Stazionarii*. Erano questi Ufficiali pubblici incaricati di percorrere le provincie, ed ove trovassero ladroni o sacrilegi o altri rei di gravi delitti aveano potestà di catturarli, interrogarli de' loro socj e quindi rimetterli unitamente alla relazione del loro esame, che solevasi chiudere e sigillare (3), o al preside della provincia o al prefetto della città (Roma) perchè si devenisse alla loro condanna. Quanto fosse pericolosa alla libertà civile la istituzione di questi Ufficiali lo esprime elegantemente il Carmignani in

(1) In questo senso dicemmo alla pag. 301. a 302. che i delitti pubblici conservarono sempre il loro nome, la pubblica accusa e la pena stabilita dalla legge.

(2) Giurisdizione *juris dictio* esprime la potestà di pronunciare sui diritti, ed in questo suo vero senso abbraccia anche il potere di emanare il criminale giudizio, con cui si statuisce o l' applicabilità del diritto di punire, o il diritto dell' accusato di essere assoluto. Nondimeno i Romani usarono la parola *jurisdictio* a significare la giurisdizione civile si contenziosa che volontaria, e non la criminale. *Leg.* 1. *et* 3. *ff. de jurisdict.* Meglio nel tratt. II. cap. unico. di questo libro.

(3) Queste relazioni, come avverte il Cujacio a come apparisce dalla *leg.* 6. *ff. de cust. ed exhib reor.*, chiamavansi *elogia*.

questi termini — *L' Irenarca il Curioso lo Stazionario libero nelle sue corse per le Provincie: investito del formidabil potere di arrestare i rei e di compilare a suo grado gli* elogi, *co' quali gl' inviava legati, e già divenuti quasi suoi schiavi gli accusava al preside od al proconsole, differiva poco da un mastino, che il padrone scioglie onde sia libero di afferrar col morso chiunque incontra per via. Il giudizio penale incominciando col moto di forza sì smisurata esaurivasi in quello di una forza ancora più smisurata nel poter giudiciario, che il Principe aveva a sè riservato. Teoria delle leggi ec. vol. IV. pag. 285.* Giunsero coll' andar del tempo tant' oltre gli abusi di potere di questi Ufficiali, che qualche imperadore di indole benigna e retta tentò di apportarvi un qualche riparo, come di Adriano si attesta nella *leg. 6. dig. de cust. et exhib. reor.*, il quale rescrisse — *non esse utique epistolis eorum credendum, qui QUASI DAMNATOS ad praesidem remiserint. Idem de irenarchis praeceptum est: quia non omnes ex fide bona elogia scribere compertum est;* e delle persone in tal modo requisite si dice nella stessa legge — *non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, si quis erit qui eum arguat*, e nel progresso della ricerca diretta a scoprire la reità o l' innocenza del cittadino requisito — *juberi oportet venire irenarchen et quod scripserit exequi*, cioè astringerlo a provare la verità del suo elogio. Che se si fosse di poi discoperto — *quid maligne interrogasse, aut non dicta retulisse*, dovea l' irenarca esser punito, *ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur.* Sono parole di Marciano nella detta legge. Tanto è vero che distrutta ogni guarentigia giuridica per l' accusato, non resta per la giustizia altra tavola di salvezza che porre in guardia la religione de' giudicanti contro le frodi di chi accusa.

Ora prima di proseguire nelle nostre ricerche istoriche, dobbiamo qui notar di passaggio che sebbene questa istituzione degli Irenarchi, Curiosi, Stazionarii introducesse in Roma una specie d' inquisizione assai pericolosa per la giustizia, tuttavia l' origine dell' odierno processo inquisitorio non può da

siffatta istituzione derivarsi, ma vuolsi attribuirne la nascita ad un'epoca posteriore, come dottamente dimostrarono Enningio Boemero (1), ed altri molti, e come sarà da noi nel seguente paragrafo fatto palese.

§. V.

Le Nazioni hanno le loro vicende di età come gli uomini. Giunte alla loro decrepitezza, o per politiche malattie, muojuono e dalle loro ceneri rinascono, come da quelle della Fenice, altre Nazioni che rinnovano i loro periodi di età cominciando dalla infanzia. Dopo varj secoli dalla divisione dell'impero romano in orientale ed occidentale s'introdussero nella maggior parte delle provincie dell'uno e dell'altro impero due funeste malattie politiche, la confusione dei poteri e la mollezza dei costumi. Fu dunque nell'ordine della natura che popoli bellicosi e rozzi, aspirando a procacciarsi ricchezze e piaceri, invadessero le dette provincie e le assoggettassero al loro potere. Quindi crudeli guerre, rapine, arsioni di città e smarrimento di ogni scientifica disciplina furono le tristi conseguenze del succedersi di nuove Nazioni alle altre già morte. Ecco la origine de' bassi tempi, secoli di tenebrosa ignoranza.

Una Nazione, che viene soggiogata da un'altra incolta e barbara, per quanto ricada nella infanzia, non percorre lo stadio di quei primi tempi, che abbiamo chiamato *patriarcali*. Imperciocchè convien distinguere, come altrove notammo, la barbarie *di origine* dalla barbarie *di decadenza*. Non si verificano in questa seconda quei temperamenti che i Padri principi adottavano nelle prime età del mondo per sopire o terminare le contese fra privati. Ma ogni sorta di politica società ha bisogno di reprimere i delitti, i quali lasciati senza freno distruggono la società stessa. Quindi fu d'uopo pensare a punirli, e punirli con un criterio di certezza adattato alle barbarie di decadenza. L'ignoranza non è atta a giudicare, e

(1) Jur. Eccles. lib. V. tit. I.

conoscendo la propria debolezza ricorre alla Divinità per implorare de' lumi. Ecco l'origine de' giudiziali combattimenti, delle prove dell'acqua e del fuoco, della croce e di tanti altri esperimenti chiamati *giudizj di Dio*, e queste ultime dette anche *purgazioni volgari*; delle quali cose tutte incontransi memorie e monumenti nel medio evo. Dapprima, e specialmente se l'offesa era seguita fra persone di condizione distinta, si ammettevano a singolar tenzone l'offeso e l'offensore: nè questo era, come al tempo dei Patriarchi, uno sfogo che si concedesse all'ira del primo, ma un esperimento d'onde pensavasi trarre la verità, presumendo che Dio avrebbe data maggiore forza e valore a quello per la cui parte fosse stata la ragione. Di poi s'immaginò di sottoporre l'accusato o alla forza degli elementi o alla fortuita scelta di un oggetto, premesse varie preci e cerimonie religiose, perchè la Divinità salvasse dall'azione avversa degli elementi l'innocente, o le desse libero corso contro il colpevole, o al primo facesse riuscir bene la scelta, al secondo contraria; *quasichè*, esclama qui il Beccaria, *gli anelli dell'eterna catena, che è nel seno della Prima Cagione, dovessero ad ogni momento essere disordinati e sconnessi pei frivoli stabilimenti umani.* Pur tuttavia fu questo il criterio di verità che regolò per lungo tempo i criminali giudizj nel medio evo.

Insorse però contro un tanto assurdo la voce dell'augusto Capo della Cristiana Religione. Il Pontefice Niccolò I. ebbe il santo zelo d'inibire al re Lotario di sperimentare la fedeltà della propria consorte Teuperga mediante un duello, com'erasi proposto (1), e dopo di lui altri Pontefici interdissero le purgazioni volgari osservando, *quod Deus tentari videtur, et multoties damnatur absolvendus* (2). Ma siccome gli uomini non abbandonano una consuetudine, se non ne viene ad essi additata un'altra, così fu d'uopo che il Diritto ecclesiastico

(1) Il fatto è riportato nelle cronache del Regino lib. 2.

(2) Decret. part. 2. Causa 2. quaest. 5. C. XX. et XXII. Decretal lib. V. tit. XXXV. Cap. I. e III.

sostituisce alla *purgazione volgare* la *purgazione canonica*. Quando il delitto non era manifesto a segno che si potesse con tutta sicurezza applicare la pena, ma però eranvi contro l'accusato indizj tali che facevano dubitare esser egli colpevole, veniva ammesso a giurare della propria innocenza, e perchè la cosa avesse maggiore apparenza di verità, dovevano seco lui giurare o tre o cinque o sette individui della medesima condizione e dignità, i quali chiamavansi *compurgatori* o *congiuratori*. Questi però giuravano semplicemente *de credulitate*, cioè esser eglino persuasi che l'ammesso alla purgazione aveva giurato il vero.

Avvenne poi nell'anno 1133. il fortunato ritrovamento delle Pandette in Amalfi città del Regno di Napoli in occasione che Lotario Sassone guerreggiava a favore d'Innocenzo II. contro Ruggeri difensore dell'Antipapa Anacleto, e circa il medesimo tempo fu rinvenuto in Ravenna il Codice Giustinianeo (1). Subito fu istituita in Bologna una publica scuola di Diritto, perchè la gioventù s'iniziasse nello studio delle romane leggi, ed Irnerio ne fu il primo maestro. Allora si conobbe la necessità di ordinare i criminali processi a foggie più ragionevoli e sicure. Si avevano è vero nel romano Diritto tutte le tracce dell'accusatorio processo, ma la diversità dei costumi, le miti idee religiose, le forme di governo (2) non permisero di adottarlo. Altronde il Diritto canonico che unico sino allora aveva sparso qualche luce fra le tenebre di quei tempi, e aveva tenuta lontana la totale barbarie, acquistandosi anche per tal modo una meritata autorità sulla mente e sul cuore degli uomini, ammetteva i cittadini a denunciare in duplice forma i delitti, cioè o colla *denuncia evangelica* o colla *denuncia civile*. La prima non avea per iscopo che l'ammonizione ed emenda del delinquente, la seconda portava anche all'applicazione della pena: ma i giudici ecclesiastici non pro-

(1) Gravina de ortu et progressu juris civilis: cap. CXL.

(2) Si vedrà a suo luogo come tutte queste cose influiscano a fare abbracciare l'uno piuttostochè l'altro dei due processi.

cedevano ad infliggerla, se non premessa una segreta indagine delle prove atte a convincerli della reità del denunciato. Così ebbe vita il processo inquisitorio, il quale poi dalle massime del romano Diritto trasse de' lumi e dei sussidj sì per meglio apprezzare la forza legale delle prove, che per procedere con metodi più regolari e sicuri.

§. VI.

Fra i popoli moderni, di cui interessa conoscere le istituzioni nei rapporti del criminale processo, occupa il primo luogo l'inglese, come quello presso cui vige un sistema, che racchiude in sè parecchi vantaggi del metodo accusatorio, e quel che è più notabile con sostanziali differenze da quello dei Romani. Noi dunque scegliamo di parlar del medesimo a preferenza di ogni altro, lusingandoci per tal modo di dare utile compimento a questa parte storica. Ecco adunque ciò che di più rimarchevole offre questo processo, ommettendo le minute specialità per non oltrepassare i limiti che ci siamo prefissi.

Non è permesso ad alcuno Ufficiale publico il fare catturare un reo, tranne il caso di flagrante delitto, ma se l'accusatore è pronto a confermare con giuramento la sua accusa, e se costa del corpo del delitto, il giudice di pace su questo appoggio rilascia l'ordine di arresto, il quale è concepito con tutte quelle particolarità e formalità che valgano a rimoverne ogni errore od abuso (1). L'accusato però, a riserva dei delitti capitali, ha diritto prestando la cauzione di essere liberato dal carcere e di potersi difendere a piede libero, e ciò in forza del celebre Statuto conosciuto sotto il nome di *habeas corpus*. Il processo poi ha principio col giudizio *di ammissione di accusa*, il quale si fa nel modo seguente. Convien premettere che lo Sceriffo di ogni contea è obbligato di

(1) Blackston. Commentario sul Codice criminale d'Inghilterra Capitolo 21.

trasmettere a ciascuna delle quattro sessioni di pace una lista di ventiquattro cittadini buoni onesti e senza macchia, e che siano possidenti di fondi stabili. Il giudice di pace forma con essi il grande *Jury*, che comunemente è composto di 23 dei detti individui, affinchè 12. formino la maggioranza (1). Essi vengono dal giudice istruiti delle funzioni che sono chiamati ad esercitare; quindi ritiransi per sedere e ricevere le accuse. Il loro officio ha unicamente per oggetto la natura dell'accusa, cioè se conviene ammetterla o rigettarla, se vi è motivo sufficiente di citare la parte accusata per rispondere. Pronunciano in fine il loro giudizio giusta l'intimo loro senso con questa formola *a true bill*, cioè il bill d'accusa è vero, oppure *not a true bill*, cioè non è vero. L'inammissione del bill d'accusa equivale ad un'assoluzione dell'accusato *ex capite innocentiae*. Questa ricerca pregiudiziale è la guarentigia politica che la legge inglese concede all'accusato in luogo della iscrizione del libello introdotta pel medesimo scopo dai Romani.

Se il bill d'accusa è ammesso, l'accusato è condotto avanti il piccolo *Jury*. È interessante il conoscere come questo si formi. Lo Sceriffo della contea trasmette una lista di 48 giurati liberi, onesti, possidenti, presi nel vicinato del luogo ove è accaduto il delitto, o nei luoghi più possibilmente vicini. L'accusato può valersi di due *ricuse* per rigettare i giurati, la ricusa *per causa*, e la ricusa *perentoria*. La ricusa per causa può essere appoggiata o ad una eccezione personale che abbia il giurato, o ad una inimicizia fra esso ed il reo, o cose simili. La ricusa perentoria è arbitraria, mentre il reo se ne prevale senza addurre alcuna causa (2). Il re ha anche esso il diritto di ricusare i giurati, ma deve farlo per causa.

(1) Quantunque il grande *Jury* si formi talvolta di un numero minore di 23., pure bisogna sempre che dodici giurati siano unanimi nel dichiarare ammissibile l'accusa, perchè essa abbia corso; cosicchè da quanto siamo per dire si vedrà, che niun cittadino in Inghilterra soggiace a condanna se non d'appresso i voti unanimi di 24 giudici.

(2) Molto bene intesa è questa seconda ricusa per le due ragioni,

L' accusato per mezzo delle due ricuse che gli competono poteva anticamente allontanar dal giudizio fino a 35. giurati. Ma uno Statuto di Enrico VIII. limitò il numero a 20. Udite le ricuse si passa alla estrazione a sorte di 12 giurati fra gli individui non ricusati, e qualora questi non presentassero un numero sufficiente, il giudice di pace rilascia l' ordine per una seconda lista. I giurati di mano in mano che vengono estratti prestano il giuramento di giudicare secondo la loro coscienza, ed entrano nella camera del consiglio.

Introdotto quindi l' accusato viene chiamato a nome, ed egli deve alzare la mano per identificare la propria persona, ma se egli non si presta a questo segno, si può egualmente procedere provando coi testimonj la di lui identità. Il Cancelliere quindi lo interroga se vuol discutere *guilty* o *not guilty*, cioè confessando o impugnando il delitto. Se si decide per *guilty* si procede alla di lui condanna senza altra indagine, cosa analoga all' indole del processo accusatorio, come vedremo a suo luogo. Ma i giudici inglesi sono a ragione molto restii ad accettare il *guilty*; e perciò non solo il Cancelliere, ma gli Avvocati, non escluso quello del *prosecutor*, (che è la parte lesa che agisce in giudizio pel proprio interesse) esortano replicatamente l' accusato a difendersi.

Quando poi l' accusato ha detto *not guilty* si passa allo esame del materiale del delitto, de' testimonj, delle prove scritturali ec. innanzi il piccolo *Jury*. I testimonj sono interrogati dal giudice, e possono esserlo ancora dai difensori o per far loro meglio dichiarare le loro assertive, o per convincerli di falsità col mezzo de' medesimi loro detti. Il reo non

che adduce il Blakston. I. Vi hanno in natura delle antipatie, delle quali non sappiamo rendere ragione, ma che tuttavia non ci fanno aver fiducia nel giudizio di un nostro simile, e la legge inglese vuole che il reo confidi nei suoi giurati: II. se il reo non avesse altra facoltà che la ricusa per causa, ove si desse il caso che il motivo di ricusa fosse riconosciuto insufficiente, nascerebbe nel giurato un risentimento troppo avverso alla imparzialità del giudizio. La ricusa perentoria allontana questo inconveniente.

parla nè si appassiona. Anche il suo *consigliere* (tale è il titolo, che la legge inglese dà all'avvocato dell'accusato) sta al fianco di lui per istruirlo sulle questioni di fatto, che vengono proposte, per trattare le questioni di diritto; ma non pronuncia alcuna orazione. Veruna egualmente non ne pronuncia l'avvocato del *prosecutor*.

Finalmente i piccoli giurati si ritirano per decidere, e devono stare rinchiusi senza poter far uso nè di cibo, nè di bevanda, nè di fuoco, finchè non sono giunti alla unanimità, cioè a decidersi tutti o per la reità o per la innocenza dello accusato (1). Questa cautela e il dritto delle ricuse perentorie sono le due guarentigie giuridiche, che la legge inglese accorda all'accusato contro l'illimitata facoltà di giudicare secondo l'intimo convincimento (2).

Riserbiamo al §. V. cap. I. trattato III. di questo libro il mostrare le differenze e le congruenze, che v' hanno fra il metodo accusatorio dei Romani e il processo inglese, per ispianare la via a quegli utili corollarj, che da siffatto confronto discendono.

(1) Tutte queste notizie sono tratte dalla citata opera di Blackston. Ho ommesso di parlare della pena *forte e dura*, riserbandomi di tenerne proposito in altro luogo.

(2) Nel fascicolo CCXXIII. della *Biblioteca italiana* il sig. G. T. nell'onorare di favorevole giudizio i due primi libri della presente Opera esprime il suo voto che io mi decida per la procedura inglese a preferenza di ogni altra. Io rispetto sommamente l'opinione di quel dotto Estensore, ma nel progresso di questo libro si vedrà, che coerente al principio di distinguer sempre la bontà *assoluta* delle leggi dalla bontà *relativa* io non poteva perder di vista questa seconda nel parlare dei varj metodi di procedura.



TRATTATO SECONDO

CAPITOLO UNICO

Della giurisdizione, ossia della competenza del Foro.

SOMMARIO

§. 1. *Della competenza intrinseca ed estrinseca in generale.*
§. 2. *Della competenza estrinseca per ragione del luogo, della persona, della natura del delitto, e della prevenzione.*
§. 3. *Dei varj casi, in cui ha luogo la prevenzione.*

§. I.

Fin dal primo libro pagina 15. avvertimmo, che Governo *monarchico* è quello, in cui la *Sovranità*, ossia i poteri *legislativo* ed *esecutivo*, che la costituiscono (ivi pag. 16.), risiedono in un solo. Non si avrebbe dunque vera monarchia se il potere *giudiziario*, ch'è parte del potere esecutivo, risiedesse nel popolo, come vedemmo essersi verificato presso gli Atenicsi e presso i Romani in tempo di repubblica, e come oggi si verifica in Inghilterra per la speciale natura di quel governo, che dalla monarchia pura dista immensamente. L'esser dunque il Monarca di sua natura investito dell'autorità legislativa, della esecutiva e con questa anche della giudiziaria, ha fatto nascere la disputa se esso debba di per se stesso

esercitare la criminale giurisdizione, o invece sia in di lui facoltà di demandarla ad alcune determinate persone, perchè la esercitino in di lui nome. Il quale ultimo temperamento ogni uomo di buon senso vede subito distare immensamente da quella ipotetica condizione di cose, che alcuni utopisti immaginarono non saprei se di buona o di mala fede, cioè che, fermi nel Monarca gli altri attributi maestatici, il poter giudiziario si eserciti dal popolo mediante l'istituzione dei *Giurati*. Imperocchè in questa ipotesi il popolo avrebbe *ex se* un tal potere, no 'l terrebbe dal Sovrano, e, pervertita l'essenza della monarchia nelle sue parti vitali, le serperebbe in seno un verme struggitore, che a poco a poco l'annienterebbe. — Ma passiamo a discorrere le varie opinioni de' giureconsulti sulla esposta disputa.

L'Einecciò, invocati i notisssimi versi di Esiodo (1), insegnò essere il poter giudiziario *essenzialmente* inerente al Supremo Imperante; poter egli però, se il voglia, demandarlo ad uomini prudenti e del diritto periti; ove ciò faccia, dover tuttavia esser sempre aperto l'adito ai sudditi di ricorrere al supremo giudizio del Principe. Il Renazzi ripete la necessità della delegazione del poter giudiziario in parte dalla specialità di alcuni casi, più poi dall'immensa mole delle cure, che attorniano il Sovrano (2). Beccaria disse, che il Principe non deve giudicare dei delitti, poichè altrimenti la Nazione si dividerebbe in due parti, l'una rappresentata dal Sovrano che asserisce la violazione del contratto, e l'altra dall'accusato che nega, colla qual cosa ha voluto, a nostro credere, significare che il Sovrano rappresentando la nazione offesa dal delitto sarebbe giudice e parte, e mancherebbe la terza persona senza la quale non si dà giudizio (3). Montesquieu aveva già

(1) Hac una reges sapienti lege creantur:
Dicere jus populis, injustaque tollere facta.
Theogon. vers. 88.

(2) Elem jur. crim. lib. III. cap. I. §. VI.

(3) Dei delitti, e delle pene §. III. edizione di Livorno.

prima opinato in senso conforme al Beccaria, sostenendo esser cosa incompatibile che il Principe ne' Stati monarchici eserciti per se stesso la giurisdizione criminale, e ciò appena potersi comportare ne' dispotici regimi. Le sue ragioni, che io qui presento in epilogo, sono che verrebbero annichilati i poteri intermedj: che sarebbero tolte di mezzo le tanto sacre ed importanti formalità de' giudizj, e così distrutta la confidenza dei cittadini nelle leggi: che il Sovrano rappresentando la Nazione, ch'è quanto dire la persona offesa dal delitto, verrebbe a riunire in se medesimo le due incompatibili qualità di giudice e parte: che allorquando si trattasse di pene pecuniarie applicabili all'Erario publico, la mostruosità di esser giudice e parte si farebbe vieppiù sentire: che finalmente il Sovrano perderebbe il più bell'ornamento della sua corona, il diritto di far grazia, poichè esercitando questo diritto si porrebbe seco stesso in contraddizione (1). Il Carmignani, che opina come il Montesquieu, v'aggiunge del proprio un'altra ragione, cioè che cumulandosi nel Principe il potere *legislativo* coll'*esecutivo giudiziario*, ad ogni sentenza s'ignorerebbe s'ella fosse una mera applicazione della legge al fatto in questione, oppure una nuova legge. Sono per verità di gran peso le ragioni del Giuspubblicista francese e del pisano Professore a porre in chiaro la necessità della istituzione de' giudici o magistrati nella Monarchia, e noi vi uniamo di buon grado il nostro suffragio. Ma ci piace di notare, che questi due autori non meno che i precedenti coincidono nel tener fermo, che la potestà giudiziaria è inerente al Sovrano, e solo differiscono in ciò, che alcuni vogliono *meramente facoltativa*, altri *precettiva* la delegazione di essa ai Giudici o Magistrati, delegazione però per la quale il Sovrano non ispogliasi dell'autorità giudiziaria, ma solo ne trasmette l'esercizio a quelli fra i suoi sudditi, che per intemerata probità e per dottrina nella scienza del diritto egli estima atti ad applicare con giustizia le leggi. Quest'applicazione poi per necessità di ragione essi

(1) Esprit des lois liv. VI. chap. V.

fanno in nome di colui, dal quale tengono il potere, e così il governo monarchico conserva la sua essenza.

Resta solo dopo ciò a notarsi, che se disconviene al Monarca l'immediato esercizio del poter giudiziario, disconviene del pari per identità di ragioni al Senato nell'Aristocrazia, cosicchè soltanto nella Democrazia pura possono riunirsi in una sola persona morale, cioè nel popolo, i due poteri legislativo e giudiziario (1).

Ecco adunque la necessità nel governo monarchico e nello aristocratico di attribuire ad alcuni determinati cittadini l'officio di dirimere mediante un giudizio tanto quelle controversie che insorgono fra cittadino e cittadino per l'esercizio di un *diritto contrastato*, quanto quelle che nascono dal *diritto violato* (cioè dal delitto) tra la società offesa ed il presunto autore del delitto stesso per l'applicazione della pena: (2)

(1) In questo caso non nasce conflitto d'interessi fra la parte giudicante ed accusante, perchè l'accusa viene demandata al privato cittadino. Vedi il cap. I. tratt. III. di questo libro.

(2) I Romani chiamarono *merum imperium* il diritto di giudicare i delinquenti e punirli: *mixtum imperium* cioè *jurisdictioni conjunctum* il diritto di risolvere le civili controversie, tenere in freno i litiganti, far eseguire le sentenze ec. Così Ulpiano nella *legge* 3. *ff. lib. II. tit. I.* — *Imperium autem merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit.* Dal che si vede, che i Romani usarono la parola *jurisdictio* in un senso più angusto di quello che deriva dalla di lei etimologia (veggasi il trattato 1. di questo libro §. IV. in nota) restringendolo alla potestà di dirimere le questioni civili, di dar tutori ai pupilli ec. Ulpiano poi dice a mò di esempio — *quod in danda bonorum possessione consistit*, poichè la facoltà di dare il possesso de' beni, essendo eminente per eccellenza, comprende virtualmente tutte le altre affini. Può consultarsi l'Averani, il quale con diligente critica storica spiega il perchè si definisce il mero impero *jus gladii*, come al tempo dei primi Consoli avesse per emblema la scure, come il misto impero non vada mai disgiunto dalla giurisdizione, benchè sostanzialmente queste

in una parola ecco la necessità di creare de' *giudici* o *magistrati*.

L'interesse poi sociale, il quale esige, che le civili non meno che le criminali controversie siano definite nel più breve tempo possibile, ha suggerita la divisione de' suddetti giudici per ragione di materia, per cui presso la maggior parte delle colte Nazioni altri sono i giudici civili, altri i criminali, e vi ha persino in molti luoghi una terza classe di giudici detti *commerciali* per dirimere le questioni che insorgono sulle materie di *commercio* preso in senso stretto, cioè in quanto significa l'abituale professione di far circolare mediante una continua compra e vendita le derrate e le manifatture per le mani di tutti i cittadini.

Da questa divisione sorge la così detta competenza *intrinseca* ossia per ragione di materia (1).

Qui si presenta una importante questione. Quali sono i limiti che separano il giudizio civile dal criminale? Erroneo sarebbe il dire che il giudizio civile sia quello che percuote la cosa famigliare del cittadino, il criminale quello che percuote la persona di esso. Imperciocchè il caso dei delitti repressi con mera pena pecuniaria mostra la falsità di una tale proposizione. Inesatto sarebbe il dire che il diritto civile contempla i contratti e le obbligazioni, il criminale i delitti; poichè anche in un contratto si può commettere il delitto, e d'altronde lo scopo della ricerca è quello di stabilire quando il Legislatore debba far luogo all'azione criminale, e quando all'azione meramente civile. Sarebbe mai conforme al vero lo asserire esser materia di criminale giudizio que' fatti, a cui è annesso l'interesse sociale, ed appartenere al civile tutti quelli, in cui si fa sentire il solo interesse privato? Il principio è giusto; ma fa d'uopo indicare un criterio per la sua pratica applicazione. D'onde trarrem noi questo criterio? Sic-

due cose fra loro differiscano ec. nozioni tutte che alle amenità del Diritto appartengono. *Interpret. juris lib. I. cap.* 1. 2. 3. *et* 4.

(1) Carmignani Elem. Jur. Crim. § 425.

come l'interesse sociale si eccita in tutti que' fatti, che presentano manifestamente il dolo o la colpa lata, perchè da quello deriva il danno sociale, da questa un ragionevole desiderio de' cittadini, che da congrua pena correzionale siano ammoniti gli uomini a non avventurarsi a quelle azioni, che racchiudono un prossimo pericolo di offesa alla salute dei privati, così la pratica applicazione del principio consisterà nel sottoporre al giudizio criminale tutte quelle azioni, ove il dolo e la colpa lata *in modo patente* concorrono, serbando tutti gli altri casi al giudizio civile. Diciamo poi col Carmignani — *in modo patente*, perchè se in una fattispecie si avessero soltanto del dolo languidi ed equivoci indizj, se in altra fattispecie la negligenza fosse media o minima a segno da escludere o almeno rendere incerta la colpa lata, converrebbe di regola generale far luogo solamente all'azione civile.

Ma la notabile estensione de' confini di quasi tutte le odierne Nazioni d'Europa fa sì che non sia sufficiente la divisione de' giudici per ragione di materia ad ottenere l'importante scopo della sollecitudine de' giudizj. Quindi una sana politica ha suggerito di dividere il territorio degli Stati in tante provincie, o spartimenti, e fissare in ciascuno spartimento o provincia un numero di giudici destinato a render giustizia entro i confini della medesima. Questo diritto di render giustizia in una determinata parte dello Stato appellasi da alcuni *diritto di territorio*, e costituisce la *competenza estrinseca* ossia *per ragione di territorio* (1).

§. II.

Quattro sono le cause, che render possono competente il giudice per ragione di territorio cioè I. il *luogo* ove fu commesso il delitto II. la *qualità* della persona III. la *natura* del delitto IV. la *prevenzione*.

I. Giustissimo è il principio della Scienza nostra di attri-

(1) Carmign. Oper. cit. §. 424.

buire la competenza a quel giudice, nel cui territorio avvenne il delitto a preferenza di quello che potrebbe essere competente per ragione del domicilio del reo. (1). Di fatti 1.° le prove del reato in niun altro luogo possono meglio aversi che in quello in cui fu commesso il delitto: 2.° l'imprigionamento del reo e le formalità del giudizio presentano in tempo prossimo al delitto un esempio salutare, che mentre da un lato assicura i buoni, intimorisce dall'altro i malvagi. Se nel luogo, ove fu commesso il delitto, si applicasse la pena, ma non si ergesse il processo, il movimento difensivo, che prende la Società contro l'offesa, produrrebbe un solo effetto impressivo, e questo, per lo più, non abbastanza pronto, laddove in virtù della esposta massima, l'effetto sul pubblico di tale movimento è duplice, e così l'esempio è più efficace.

Qui cade in acconcio il ricercare se un reo, il quale dopo commesso un delitto nel territorio d'una Nazione limitrofa viene a rifugiarsi nel nostro Stato, possa essere dai nostri Magistrati punito, e se un nostro concittadino commettendo un misfatto in un estero Stato possa essere da noi richiesto per sottoporlo alla pena. In ambi i casi bisogna premettere una distinzione. Se il delitto commesso in estero Stato, sia dal nostro concittadino sia da un forastiero, conteneva l'offesa o diretta del nostro Sovrano o del nostro Governo, o indiretta di quest'ultimo turbando a danno di noi alcuno di quegli elementi, che danno forza e stabilità alle nazioni, e che noi enumerammo alla pag. 17., o finalmente violava il ben essere di un nostro concittadino, in allora il diritto del nostro Principe a punir il reo, reclamandone la consegna se assente, è incontrovertibile pei principj già dimostrati. Se poi nel delitto non concorreva alcuno dei detti estremi, deve lasciarsi al Principe offeso la cura di punire il delinquente. E ciò per due ragioni, 1.° perchè in questo secondo caso la nostra Società non ha sofferto alcun danno politico, e perciò le mancherebbe il fon-

(1) Concorda l'art. 60. del Regolamento di procedura criminale 5. Novembre 1831.

damento di giustizia per applicare la pena: 2.° perchè non si debbono usurpare i diritti maestatici della Nazione, a cui danno quell' individuo commise il misfatto.

Nondimeno questa regola ha presso noi un'eccezione, ed è quando un suddito pontificio avendo commesso un furto in uno Stato estero ritorna nel nostro Stato cogli oggetti furtivi, nel qual caso può essere ovunque arrestato, ed il Tribunale nel cui territorio si operò la cattura viene dichiarato competente a giudicarlo (1). La ragione di questa eccezione è che il ladro portando le cose furtive nel nostro Stato reca ai suoi concittadini il mal' esempio del furto al pari che se avesse rubato nei dominj pontificj.

Siccome poi è molto frequente il caso, che un delinquente dopo commesso il delitto in uno Stato si rifugga in un altro, così è a vedersi quali siano su questo proposito i doveri esistenti fra Nazione e Nazione giusta il Diritto delle genti. Se la Nazione offesa dal misfatto richiede la consegna del reo a quella, presso cui egli si è rifugiato, con qual dritto potrebbe questa ricusarvisi? Il reo col suo misfatto ha contratta una responsabilità penale verso la prima: la seconda non potrebbe erigersi in protettrice di lui senza recare a quella un' ingiuria: dunque deve consegnare il reo alla Nazione offesa, che lo richiede per rimuovere dal suo seno il pernicioso esempio dell' impunità.

Che anzi le odierne Nazioni di Europa sogliono far dei trattati co' limitrofi Principi per la vicendevole consegna dei rei, affinchè non possano evitare la pena de' proprj delitti passando dall' uno all' altro Stato (2).

La competenza per ragione di luogo fa sorgere due questioni. La prima contempla il caso che il reo abbia incominciato il delitto in un territorio e lo abbia compiuto in un al-

(1) Art. 82. del citato Regolamento.

(2) Il Governo Pontificio ha siffatti trattati col Regno di Napoli, col Regno Lombardo-veneto, col Duca di Modena, e collo stato Toscano. L' ultimo di essi è in data del 15. Marzo 1827.

tro: la seconda considera la fattispecie di più delitti commessi da un reo in diversi territorj. Nell'una e nell'altra è a vedersi qual sia il giudice competente.

1.° Nel primo caso i criminalisti sulle tracce del Boemero distinguono, se il primo atto fu meramente iniziativo del delitto, come quando uno preparasse in un territorio i punzoni e le materie atte a battere la falsa moneta, e l'andasse quindi a fabbricare altrove, ovvero se il primo atto constituiva per se stesso un delitto, come quando viene in un territorio legato dolosamente un cittadino, e quindi tradotto altrove viene spogliato. Nella prima fattispecie attribuiscono meritamente la competenza a quel giudice, nel cui territorio avvenne la consumazione del delitto. Nella seconda opinano che sia competente tanto il giudice del luogo ove fu legato il cittadino, quanto quello del luogo ove fu spogliato, di modo che debba essere preferito colui che fu più diligente nell'inquirere. Altrettanto dovrebbe dirsi nel caso che la mano di un sicario venisse comprata in un luogo per eseguire l'assassinio in un altro, poichè la locazione dell'opera *ad scelus* costituisce un delitto *sui generis* indipendentemente dal seguito o non seguito assassinio (1).

Le nostre leggi hanno risoluta in diverso modo la questione (purchè si tratti di territorj ambi compresi nel nostro Stato) coll'ordinare che sia sempre preferito il giudice, nel cui territorio avvenne la cattura del reo. Che se poi la cattura si operasse in un terzo luogo, dove non fu nè incominciato nè consumato il delitto, è preferito quel giudice, nel cui territorio si verificò la consumazione di esso (2).

Non bisogna poi perder di vista che ove si trattasse di territorj soggetti a due diversi Principi, converrebbe stare alla risoluzione del Boemero.

2.° Quando trattasi di più delitti commessi in diversi ter-

(1) Ant. Matth de crim. Vol. V. pag. 36. 37. et seq. Edit. Floren. 1825. ed ivi il Nani not. 4.

(2) Art. 61. del reg. di procedura criminale.

ritorj o questi sono soggetti all' impero di un sol Principe, ed allora è principio di ragione, che sia preferito quel giudice nel cui territorio è stato commesso il più grave (1), e che in caso di parità di delitti sia preferito il giudice più diligente nell' inquirere. O si tratta di territorj soggetti a diversi Principi, e in tal caso il giudice, che fu il primo a far catturare il reo, ha diritto di processarlo e punirlo pel delitto commesso nel suo territorio: nè ha obbligo di rimetterlo al poter giudiziario della Nazione limitrofa se non nel caso o che sia stato assoluto, o che abbia espiata la pena. La base di questa dottrina è evidente. Ripugnerebbe infatti alla ragione, che un Principe trovandosi in possesso d' un mezzo atto a ristabilire nell' animo de' suoi sudditi l' equilibrio turbato dal delitto, dovesse privarsene e cederlo al Sovrano limitrofo (2).

II. La qualità delle persone fa sorgere la competenza per ragione di territorio, quando nella persona del reo si verifica il privilegio del foro o *favorevole*, o *odioso*. Il privilegio del foro favorevole compete 1.° ai grandi dignitarj addetti al Trono e secondo il Diritto Giustinianeo anche a quegli uomini illustri che venivano dal Principe decorati degli *onorarii codi-*

(1) Così dispongono gli articoli 62. e 63. del citato regolamento.

(2) Gli autori, che si deliziano ne' casi, immaginano quello del cadavere di un uomo ucciso trovato giacente sul confine con parte del corpo sopra un territorio, e parte sopra un altro. Disputano quindi della competenza a giudicare dell' omicidio, attribuendola altri al giudice del territorio ove giaceva il capo, come parte più nobile del corpo, altri a quello del territorio ove posavano i piedi per la ragione non meno insulsa della precedente, che l' ucciso debba presumersi ferito mentre stava in piedi. *Anton. Matth. vol. V. pag.* 35. *ediz. cit.* Noi, ben lontani dall' aderire a questi frivoli argomenti, opiniamo che se i due territorj dipendono da diversi Principi, il diritto di giudicare e punire spetti a colui, il cui suddito fu ucciso, come quegli, che realmente sofferse l' offesa sociale; se da un sol Principe, debba esser preferito quello de' due giudici finitimi che fu più diligente nello inquirere.

cilli (1): 2.° ai Chierici: 3.° ai soldati: 4.° agli studenti; 5.° agli Aulici, ossiano famigliari del Principe (2). Il privilegio del foro odioso si verifica sopra i vagabondi, e mendici validi privi di domicilio, i quali dovunque vengono catturati possono essere processati e puniti, perchè la loro delinquenza è abituale, e quindi sempre si considerano come sorpresi in flagrante delitto.

1.° Che i grandi Dignitarj della corona non debbano essere accusati se non avanti il Concistoro del Principe emana dai principj costitutivi del monarchico Governo, ed è sanzionato dalla legge 3. *Cod. ubi Senatores vel clarissimi etc.* L'Imperator Zenone estese in questa legge il privilegio del foro anche alle illustri persone decorate degli onorarj codicilli, ordinando che potessero unicamente accusarsi avanti o il Prefetto del Pretorio, o il Prefetto della Città, o il gran Maestro delle cerimonie, premessa però la licenza del Principe.

2.° Il privilegio del foro che compete ai Chierici consiste nel diritto di essere unicamente giudicati dagli ecclesiastici Antisti. Si ha dai sacri canoni che esso deriva dal Giure divino. Il suo scopo è l'onore dell'ordine, dal che discendono tre conseguenze. La *prima* che il Chierico non può col suo consenso rinunciarvi: la *seconda* che sebbene il reo avesse commesso il delitto nello stato laicale, basterebbe che fosse sopraggiunta in lui la qualità di Chierico all'epoca di pronunciarsi il giudizio, perchè fosse soggetto al Tribunale ecclesiastico (3): la *terza* che quand'anche il Chierico dopo commesso il delitto abbandonasse di fatto lo stato clericale e presumesse

(1) Queste erano lettere sovrane che elevavano ad un grado distintissimo di nobiltà. Può da esse in certo modo ripetersi l'origine delle odierne decorazioni.

(2) Il nostro regolamento di procedura criminale riconosce una sesta classe di persone privilegiate di foro, quali sono i Ministri dei tribunali, poichè dichiara nell'art. 70, che i Ministri eddetti al servizio dei tribunali, che hanno giurisdizione criminale, sono a quelli soggetti in caso di delitti in materia d'ufficio.

(3) Art. 75. del citato reg.

di tornare allo stato laicale sarebbe tuttavia soggetto all' ecclesiastica giurisdizione (1).

3.° I Militari secondo il Diritto delle Pandette non godevano il privilegio del foro, se non ne' delitti proprj (2). Il contesto però della *leg. ult. cod. Theod. ad leg. Jul. de adulter.* fa credere esservi stato un tempo in cui i militari godessero il privilegio del foro per qualunque delitto, ossia non potessero per qualsivoglia trascorso essere giudicati che da' loro capi e duci. Nel che a dir vero converrebbe sempre distinguere lo stato di spedizione in guerra da quello di pace e riposo negli alloggiamenti. Nel primo è di necessità, che anche pe' delitti comuni siano giudicati da' loro duci, onde non siano distratti dalle militari faccende in un tempo, in cui dell' opra loro ha bisogno la patria. Nel secondo il privilegio dovrebbe limitarsi ai delitti proprj (3).

4.° Fu grande disputa presso i Dottori se gli studenti, in onore delle nobili discipline cui attendono, goder debbano nelle cose criminali il privilegio d' essere giudicati dai Capi, che presiedono alle Università od Accademie. Accursio, e Bartolo fra gli antichi, Donello, e il marchegiano Scipione Gentili fra i scrittori a noi più vicini opinarono affermativamente. Antonio Matteo prese a confutarli, facendo osservare che la Autentica *habita* di Federico riportata nel Codice Giustinianeo sotto il titolo *ne filius pro patre etc.* parlando in genere di controversie, deve intendersi allusiva alle cose civili, e non alle criminali, le quali per la loro importanza esigono una speciale menzione (4). Nè deve tacersi che quantunque la detta Autentica presenti l' espressione *ob alterius delictum sive debitum*, pure nel pieno contesto della sua dizione sembra che parli unicamente delle civili controversie.

Presso noi la Bolla *quod Divina Sapientia* sulla ristaura-

(1) Art. 76. del cit. reg.

(2) Leg. 2. dig. de re militari.

(3) L'art. 24. del citato reg. conserva il privilegio del foro militare, e non fa distinzione di delitti.

(4) De criminibus vol. V. pag. 42. et 43. cit. edit.

zione degli studj stabilisce, che gli studenti per qualunque mancanza commessa nel recinto dell' Università, e la cui pena non superi un' anno di carcere, siano giudicati dal Cancelliere col voto del Rettore e di un Membro del Collegio legale, salve le economiche correzioni del Rettore pe' leggeri trascorsi. Art. 161. 162. e 163. combinati cogli Art. 17. 18., e 19. della detta Bolla.

5.° Gl' imperadori Leone ed Antemio furono i primi a stabilire che i famigliari addetti al servizio del Principe non potessero esser tratti innanzi i tribunali ordinarj, perchè non fossero distratti dai loro offiej, ma bensì dovessero essere convenuti innanzi il Maestro delle cerimonie. *Cod. lib. 12. tit. V. leg. 3.* Concordi con questo principio sono le nostre leggi, avendo assoggettati gli Aulici al tribunale del Prefetto de' Sacri Palazzi Apostolici (1).

III. L' indole de' delitti può essere considerata e in quanto alla loro qualità, e in quanto alla loro quantità. In quanto alla qualità essi possono essere o *meramente ecclesiastici* o *meramente profani*, o *di misto foro*. Dei primi non può giudicare che il tribunale ecclesiastico, de' secondi il solo tribunale laicale, de' terzi sì l'uno che l' altro, ed è preferito il più diligente nell' inquirere (2). È questo un' altro modo di acquistare la giurisdizione per ragione di territorio (3).

In quanto alla quantità presso ogni colta Nazione si conosce la distinzione dei delitti in *maggiori*, e *minori*, e la separazione dei tribunali destinati a giudicare de' primi, da quelli destinati a conoscere de' secondi. Presso noi la legge dichiara delitti *minori* quelli la cui pena non eccede l' anno di opera publica, e *maggiori* quelli che sono repressi con pene più severe compresa la morte. Sui primi sono chiamati a giudi-

(1) Articolo 37. del cit. reg.

(2) Nell' articolo 25. del regolamento di procedura criminale era stata tolta ai tribunali ecclesiastici ogni cumulativa pei delitti di misto foro, ma l' appendice al regolamento stesso nell' art. 1. l' ha richiamata in vigore.

(3) La distinzione de' delitti ecclesiastici, profani e di misto foro veggasi nel primo libro alle pag. 304. e 305.

care gli Assessori o Giusdicenti ne' capo-luoghi di provincia, ed i Governatori ne' distretti. Dei secondi è attribuita la giurisdizione ai tribunali collegiali, costituiti da quattro giudici (1).

I Governatori poi ne' rispettivi distretti sono dichiarati giudici inquirenti anche pei delitti che eccedono la loro giurisdizione, ma portato il processo inquisitorio all'atto della sua pubblicazione lo devono trasmettere al competente tribunale collegiale pe' successivi atti del giudizio (2).

§. III,

IV. La prevenzione, quarto modo per cui il giudice diventa competente in ragione del territorio, altro non è che una *maggior diligenza nell'inquirere specialmente sopra il delinquente.* Variano gli Scrittori nello stabilire quale sia l'atto processuale che costituisca la prevenzione. Altri dicono richiedersi a costituirla la *citazione reale* ossia la cattura, altri sostengono essere sufficiente la *citazione verbale*, convenendo però che nel concorso di ambedue debba preferirsi il giudice che ha fatto catturare il reo (3).

La nostra legislazione stabilisce, che per indurre la prevenzione è necessaria o la cattura del reo o la di lui condanna in contumacia colla promulgazione della sentenza (4).

Cinque poi sono i casi in cui può aver luogo secondo le medesime nostre leggi la prevenzione.

1°. Quando trattasi di un delitto commesso da più persone o in figura di correi, o in figura di complici, mentre in questo caso il giudice, che previene gli altri nel far catturare uno de' delinquenti benchè meramente accessorio, diviene competente a preferenza di tutti gli altri. Non vale però la regola

(1) Articoli 14. 21. 27., e 28. del citato regolamento.

(2) Art. 123., e 124. del citato reg.

(3) Ant. Matth. vol. V. pag 36, cit. edit. Carmignani Elem jur. crim. §§. 436. et 437.

(4) Art. 68. del citato regolamento.

se si trattasse di un complice *a parte postea*. Art. 65. *del Regolamento*. Sembra che questa regola possa applicarsi soltanto a quei delitti, che non hanno un luogo determinato di commissione, come le società segrete anti-politiche, la diffusione dei dogmi contrarj alla religione ec. Imperciocchè se si trattasse di un furto, di un omicidio, di una rapina e simili, osterebbe l'art. 64. così concepito: *Se l'arresto dell'imputato segue fuori del luogo del commesso delitto, viene rimesso al tribunale che ha il diritto di procedere.*

2.° Quando gli agenti di un delitto altri godono il privilegio del foro, altri no, mentre in questo caso il giudice preveniente trae a sè anche gl'inquisiti privilegiati. Si eccettui però il caso che fra gl'inquisiti vi fosse un Chierico, mentre allora la giurisdizione appartiene esclusivamente al tribunale ecclesiastico, il quale trae a sè tutti gli altri correi o complici del delitto, *Art. 71. del Regolamento*.

3.° Quando trattasi di un delitto di misto foro commesso da un laico, poichè in questo caso, come testè accennammo, la sola prevenzione è quella che rende competente il giudice ecclesiastico a preferenza del laicale, *o* viceversa. *Art. 74. del Regolamento.*

4.° Finalmente quando un delitto cominciato in un territorio va a compiersi in un altro, come nell'antecedente paragrafo fu avvertito.

Prima del 1847. eravi nel nostro Stato un *quinto* caso di prevenzione, che si verificava pei delitti commessi in Roma. Imperocchè siccome contro essi procedevano promiscuamente il tribunale *del Governo*, quello *dell' A. C.* e quello *del Campidoglio*, così la sola prevenzione era quella che stabiliva la competenza di un tribunale a preferenza dell'altro. *Art. 35. del Regolamento Gregoriano.* Concentrata oggi la giurisdizione criminale di prima istanza della Dominante in un solo consesso di giudici diviso in due turni (salvi i tribunali di privilegio), il detto quinto caso è svanito.

Verificatasi la prevenzione, il tribunale prevenuto avendo atti, corpi di delitto, oggetti di convinzione è obbligato di

conseguarli o rimetterli al tribunale preveniente. *Art.* 77. *del Regolamento.*

Finalmente siccome l'importante scopo della politica sicurezza richiede, che qualunque tribunale possa assumere delle informazioni sopra qualsivoglia delitto avvenuto entro la periferia dello Stato, così ne viene di conseguenza che debba poi rimettere gli atti assunti al tribunale competente. *Art.* 79. *del Regolamento.*

A compiere questo capitolo resta solo che trattiamo la questione se il consenso tacito od espresso del reo possa rendere competente un giudice che non lo è (1). Il Professor Nani nelle annotazioni ad Anton Matteo osserva che il principio, il quale stabilisce doversi negli affari criminali ivi procedere dove fu commesso il delitto, emana dal Diritto pubblico, e perciò non è in facoltà nè dell' accusatore nè del reo, nè del giudice il derogarvi (2). Il Carmignani opina doversi distinguere l'incompetenza *intrinseca* dalla *estrinseca*, ed afferma che il reo può col suo consenso rendere competente il giudice nel caso solo che abbia la competenza intrinseca e manchi della estrinseca, non così quando sia destituito della prima (3).

La nostra legislazione però, avendo stabilito nell' Art. 78. del Regolamento che ogni giudice e tribunale debba rimettere al tribunale competente gli affari che non sono di sua giurisdizione, quand' anche non vi fosse reclamo delle parti, è venuta implicitamente a stabilire la massima, che il consenso del reo non possa supplire al difetto di competenza sia essa intrinseca, sia estrinseca. La qual cosa è molto consentanea all' ordine publico, il quale non solo sarebbe enormemente violato se il giudice incompetente per ragione di materia giudicasse di un delitto, ma sarebbe pur leso se non si giudicasse dell' azione criminosa là dove fu commessa.

(1) I scrittori latini chiamano questo modo di render competente il giudice *prorogatio jurisdictionis*.

(2) Vol. V. pag. 46. nota 9. cit. edit.

(3) Elem. jur. crim. §. 440.

TRATTATO TERZO

Dell' indole dei due processi accusatorio e questorio e della loro ordinatoria

CAPITOLO I.

Del processo accusatorio.

SOMMARIO

§. 1. *Della sua relazione colla natura del Governo, coi costumi e colle ricchezze de' popoli, e colla Religione.*

§. 2. *Della sua iniziativa, e delle guarentigie politiche, che debbono accompagnarla.*

§. 3. *Degli atti intermedj, e della necessaria loro publicità.*

§. 4. *Dell' atto finale, e del criterio che deve accompagnarlo.*

§. 5. *Vera indole del processo inglese, sua origine, e punti di confronto fra il medesimo ed il processo accusatorio dei Romani.*

§. I.

Non appena le Società civili dalla forma aristocratica passarono alla popolare, (1) sorsero i germi del processo accusa-

(1) Dobbiamo avvertire, che in quanto all' ordine providenziale, con cui nacquero e si modificarono i varii governi sulla terra, noi seguiamo l' opinione del Vico (*Scienza nuova*), il quale dopo il governo

torio. Imperocchè quando il popolo, non pago d'esser giunto a partecipare di tutti i diritti de' patrizii, diede opera e riuscì a togliere agli ottimati il *potere legislativo* ed *esecutivo* costituendosi a forma democratica, pose l'animo a trovar modo di esercitar da se stesso l'uno e l'altro potere in ogni sua diramazione, e persino l'autorità *giudiziaria* volle a sè riservare. Chè geloso del nuovo genere di vita entrò in timore, che lo affidare questa parte di potere esecutivo ad alcuni *determinati* cittadini, potesse essere a questi stromento, onde allargando la potestà venissero a tanto di forza da risospingerlo nel primiero stato di soggezione. Ecco perchè ne' governi popolari si è veduto quasi sempre e massime ne' primordj giudice il popolo delle azioni criminose. Siffatta giurisdizione poi viene dal popolo esercitata o adunandosi in generali comizj o per la legge delle sorti, cioè stabilendo che da un'urna contenente i nomi di tutti i censiti si estragga un determinato numero di cittadini, da cui sia emanato il giudizio.

Nè la sola gelosia de' poteri a ciò diede impulso. Il delitto è un turbamento dell'ordine publico. Il popolo quando abbattuta l'aristocrazia giunge ad impadronirsi de' sovrani poteri, prende un vivo interesse nel mantenimento dell'ordine, perchè teme che l'alterazione di esso corroda a poco a poco le basi della forma costituita di governo, e il faccia ricadere nella dipendenza. Quindi è che ama a buon dritto di conoscere da se stesso dei delitti per potere stare in guardia sulla incolumità de' suoi attributi. Ecco perchè il popolo romano tenne a sè per lungo tempo la criminale giurisdizione e, anche allorquando fu stabilito di eleggere i giudici dall'ordine senatorio od equestre, si riserbò la cognizione dei delitti direttamente politici. (Veggasi la pag. 508. di questo volume.)

Ma dove il popolo è giudice, potrebbe egli mai accusare i delitti o per se stesso o per mezzo di persone da sè delegate? No certamente. Non può farlo per se stesso, perchè

patriarcale pone per ordine di successione l'aristocratico, indi il democratico e per ultimo la monarchia.

converrebbe che si dividesse in due fazioni, l'una per accusare, l'altra per giudicare, e ciò darebbe occasione di guerra civile. Non può farlo per persona da sè delegata, perchè questa verrebbe ad essere un Funzionario investito di publico potere e rappresentante il popolo, e quindi oltrechè il popolo sarebbe con manifesto assurdo giudice e parte al tempo stesso, verrebbe lesa quella parità di condizione fra la parte attrice ed il reo tanto necessaria a far sì che il giudizio sia un prodotto della giustizia e non dell'oppressione (Capitolo preliminare di questo libro §. III.). Imperciocchè a fronte di un privato guerreggerebbe una persona publica investita di autorità e protetta.

Chi accuserà dunque il delitto nel governo democratico? Il privato cittadino; sia egli la persona offesa dal delitto, sia un terzo che per amor del ben publico sorge ad assumer l'accusa. Allora la contesa è fra privato e privato: allora si ottiene l'uguaglianza di forze dei due contendenti: allora il popolo, vedendo che un privato sorge volontariamente ad accusare il delitto, si dimentica di essere la parte offesa dal delitto stesso, e indossa la veste di giudice imparziale, che deve pesar le ragioni di due privati litiganti.

Di qui deriva la necessità di stabilire che in mancanza di un privato accusatore non si faccia luogo ad alcun giudizio contro il presunto colpevole: di qui la necessità di accordare a tutti i membri della Società investiti della qualifica di *cittadino* il potere di accusare, perchè restringendolo a una parte sola di essi si correrebbe rischio che i delitti spesso rimanessero per mancanza di accusatore impuniti: di qui la necessità d'astringere il cittadino che accusa a perseverar nel giudizio col produrre le prove, gl'indizj, gli argomenti, perorar la causa, invocar la pena ec., e di fargli per questo effetto prestar la cauzione: di qui la necessità di assoggettare l'accusatore che rimane vinto in giudizio alla stessa pena da lui invocata contro il reo, sì per dargli maggiore interesse a sostener l'accusa, sì per frenare le calunnie, di cui maggiore è il pericolo dove è universale la facoltà d'accusare, sì final-

mente per conservare la tanto necessaria uguaglianza fra la parte attrice ed il reo (1): di qui la necessità che il popolo giudicante o i giudici estratti a sorte dal di lui seno non prendano alcuna parte attiva nell'adduzione delle prove sì di accusa che di difesa: di qui la necessità che il giudizio sia publico, perchè un giudizio popolare e segreto è una contraddizione in termini: di qui finalmente la necessità di separare le azioni criminose in due classi, la prima contenente quelle da rendersi di publica accusa, la seconda quelle da abbandonarsi alla sola persecuzione del privato leso, e di porre nella prima que' soli delitti che apportano un vero allarme publico. (Veggasi quanto si disse alle pag. 296. e 297.)

Siccome poi tutti questi sono i caratteri che costituiscono il processo accusatorio (2), e siccome derivano come tante concatenate conseguenze dal governo democratico, così apparisce subito la stretta relazione che questo metodo di procedere ha colla forma del Governo.

E qui è d'uopo avvertire che la massima di non perseguire il delitto in mancanza di accusatore (massima come dicemmo inseparabile dal processo accusatorio) non trae seco, come taluno potrebbe credere, il pericolo della impunità, perchè quell' *interesse immediato* alla conservazione dell' ordine publico, che tutti i cittadini hanno nella democrazia, e quello speciale amor patrio che ne deriva rendono impossibile che tutti gli aggregati siano indifferenti all' azione criminosa, eccettochè se ne ignori l'autore, o le circostanze del fatto avente l' apparenza di delitto siano tali da persuadere il publico che fu commesso con diritto (3). Il detto amor patrio anzi spinge

(1) Demostene nell'esordio della sua celebre orazione per la Corona rammenta agli Ateniesi, che l'accusatore ed il reo devono esser sempre in pari condizione. La legge ultima *Cod de accusation.* prescrive persino che l'accusatore debba sottoporsi alla custodia al pari del reo.

(2) Carmignani Elem. jur. crim. § 556.

(3) Dove vige il processo accusatorio, ivi sorge questa massima

essi cittadini con tanto trasporto all' accusa, che spesso parecchi di essi contendono fra loro per esser preferiti nella medesima, come fu notato alla pag. 504.

Una sola cosa rimane ad esporsi, ed è che quello stesso sentimento della propria dignità, per cui il popolo nella democrazia si fa giudice dei delitti, lo rende anche cauto e provvido nell' accordar guarentigie all' accusato, perchè questi non possa essere ingiustamente oppresso nelle criminali contese.

Ma a vieppiù dimostrare l' influenza, che ha la forma di governo sul metodo di procedere contro i delitti, fingiamo che in una Monarchia si voglia introdurre il sistema accusatorio. O converrà che il Principe stabilisca la massima, che senza un privato accusatore non si proceda contro il delitto (massima senza la quale non si dà vero processo accusatorio) o converrà che nomini un Magistrato incaricato di accusare i rei, ogni qual volta manchi il privato accusatore. Nel primo caso egli vedrà l' impunità passeggiar baldanzosa, poichè i cittadini non avendo un interesse *immediato* alla conservazione dell'ordine, e l' interesse *mediato* essendo da pochi sentito, mancherà spesso l' accusatore al delitto. L' uomo colto conoscerà quanto è connesso coll'ordine publico l' interesse di ciascuno, e quanto l' ordine publico dalla punizione dei delitti dipenda, ma egli o distratto dalle sue occupazioni, o rattenuto da quella mitezza di cuore che aumentasi in ragion diretta dell' incivilimento e della coltura, non mai s' indurrà all' accusa. Nel secondo caso poi vedrassi il mostruoso assurdo, che un magistrato creato dal Sovrano accusa il delitto, ed un altro magistrato creato pure da lui lo giudica. Non vi sarà parità alcuna fra l' accusatore ed il reo, poichè un magistrato publico è più potente, più illuminato, più ascoltato di un oscuro accusato. Non si avrà più parità di armi fra l' accusatore ed il reo, ma bensì si avrà la guerra di un robusto armato contro un debole disarmato: in una parola non si avrà un processo accusatorio,

praesumendus est insons, quem nullus accusat. Il Diritto romano la proclamò nella legge 6 § *si quis* tit. IV. lib 50. dei Digesti.

ma un mostro di processo, che non ha nome. Fin qui della natura del Governo: ora dei costumi.

Fingete che la democrazia sia formata da un popolo rozzo, fiero, bellicoso, che ha pochi bisogni, molto amor patrio e in conseguenza poche passioni. Toglietegli l'accusa, e sostituite il processo quesitorio. Incapace di confidare nella fredda ricerca del magistrato, fremerà all'idea sola di dover attendere il lento procedere della giustizia per veder punito il delitto. Correrà dunque alle armi, e farà giustizia da se stesso con gran discapito della sicurezza publica. Dategli l'accusa: egli troverà un compenso alla propria passione, accuserà e riterrà nella guaina la spada (1).

Immaginate ora viceversa un popolo colto, di miti costumi, ma di molte passioni e cupide, quale per lo più si presenta nelle monarchie temperate. Introducete ivi l'accusa. Difficilmente i cittadini s'indurranno ad accusare; ma quando pure il facciano, proposta l'accusa, o piegati dalle lagrime del reo, o corrotti da lui con denaro, abbandoneranno il giudizio, e ciò aprirà il varco all'impunità. Imperciocchè è tale l'indole del processo accusatorio, che per la parità di condizione fra il reo e l'accusatore la desistenza dall'accusa deve porre il primo al coperto da qualunque conseguenza del giudizio; nè può mai sottentrare magistrato alcuno in luogo del privato accusatore. Difatti presso i romani era bensì stabilito, che l'accusatore desistendo dall'accusa perdesse la cauzione e fosse punito secondo il S. C. Turpiliano (2); ma il reo rimaneva sciolto dal giudizio. Al contrario poi le desistenze dolose dall'accusa saranno pressochè ignote presso un popolo rozzo, fiero, e bellicoso, come lo abbiamo testè figurato, al quale l'abbandonar l'accusa deve parere atto vile, come il cedere le armi in battaglia.

(1) Cremani de jure crim. lib I. part. III. cap. II. §. II.

(2) *Leg.* 1. *ff. ad S. C. Turpilianum* La pena era l'infamia, a cui venne in seguito aggiunta una pena afflittiva ad arbitrio. *L.* 2. *Cod. ad S. C. Turpil.*

Anche le ricchezze di una Nazione possono influire a rendere più opportuno l'uno, che l'altro metodo di procedere. Se la nazione è povera, ed i beni sono fra i cittadini molto distribuiti, potrà nel concorso delle altre condizioni abbracciarsi l'accusa, quando altro non fosse per la ragione che la povertà nazionale conosce pochi bisogni e poche passioni, e perciò è ad essa straniera la corruttela. Ma se la nazione è ricca, e regna fra i cittadini grande disparità di fortune, il metodo accusatorio è inosservabile, poichè il ricco e potente non troverà chi lo accusi, e l'accusato povero benchè innocente sarà facilmente oppresso dal ricco e potente accusatore.

Finalmente la Religione stessa esercita anch'ella la sua influenza sulla opportunità dell'uno o dell'altro metodo di procedura. Poteva infatti la fiera accusa de' repubblicani Quiriti confarsi coll'idolatria, che anche alla vendetta, nella Dea Nemesi simboleggiata, porgeva incensi. Non è per noi opportuna l'accusa, per noi dico, ai quali la Divina Religione comanda il perdono delle offese.

§. II.

Istituire il processo accusatorio senza dare a tutti i cittadini la facoltà di accusare, sarebbe lo stesso che voler erigere una fabbrica senza il materiale. Ma per l'altra parte ognun vede che, dove il cittadino può essere da tutti accusato, si corre il pericolo che germogli la calunnia, e questo pericolo sarà più o meno prossimo in ragione inversa della virtù della nazione. Siccome però le leggi devono porsi in guardia contro ogni possibile disordine, così nascono i seguenti canoni di accusatorio processo.

I. L'accusa deve erigersi in prerogativa annessa alla qualifica di cittadino. Per tal modo essa viene a rivestire un carattere più nobile, e sarà meno facilmente macchiata da atti vili. Nè potrebbe stabilirsi diversamente; poichè chi non è cittadino non rappresenta la Sovranità, e quindi non ha un interesse diretto a reprimere i de-

litti (1). Da questo canone discende la conseguenza, che i servi, le donne, i pupilli, ed i figli di famiglia almeno fino ad una certa età non devono avere il diritto di accusare (2).

II. Il diritto di accusare deve denegarsi a tutti quelli che per qualsivoglia motivo ne potrebbero abusare. Quindi 1.° i miserabili che oltre il non possedere cosa alcuna non hanno un'arte, con cui provvedere alla propria sussistenza; 2.° quelli che ingerirono una volta sospetto di calunnia, di falsa testimonianza, di prevaricazione; 3.° gl' infami lesi nella estimazione per fatto e per legge; 4.° i magistrati, i quali atteso il potere di cui sono investiti ed il credito, che la carica loro apporta, potrebbero facilmente opprimere il reo, col quale non si troverebbero in quella parità di condizione ch' è tanto necessaria, devono essere esclusi dallo accusare (3).

III. Conviene non solo stabilire delle pene efficaci contro la calunnia, ma ancora fare in modo che la minaccia di esse pene stia davanti gli occhi dell' accusatore nel mentre egli propone l' accusa, perchè gli uomini non vengono fortemente scossi se non da quegli oggetti che sono loro presenti. Mirabile a quest' uopo era la disposizione delle leggi romane. Ve-

(1) E' facile il vedere che io presuppongo la democrazia, o almeno un governo misto di democrazia per le ragioni addotte nell' antecedente paragrafo.

(2) I romani in fatti escludevano queste 4. classi di persone dal diritto di accusare *L.* 1. 2., *et* 8. *ff. de accusat. et inscrip.* I minori incominciavano a poter accusare dopo gli anni XVII., poichè allora dimettevano la *pretesta*, e vestita la *toga* divenivano capaci di sostenere i pubblici uffici. L' opinione che i servi, le donne, i pupilli ec. potessero accusare nei delitti di lesa maestà, di fraudata annona, ed altri simili di maggior interesse per la republica è erronea. Essi potevano denunziare cotali delitti, ma non accusare. La congiura di Catilina fu denunciata da Giulia (altri leggono Fulvio); ma Cicerone ne assunse l' accusa. *Leg.* 8. *ff. ad Leg. Jul. Majestatis.*

(3) Tali infatti furono le massime del romano Diritto. *Leg.* 4. *et* 8. *ff. de accusat. et inscrip.* — Per titolo di povertà si escludevano quelli che avessero meno di 50 aurei in beni.

demmo che l'accusatore doveva fare l'iscrizione del libello di accusa, e che quest'iscrizione aveva tre parti, l'*iscrizione* propriamente detta, la *sottoscrizione* e la *cauzione*. La sottoscrizione era di un eccellente effetto per reprimere la calunnia. Essendo essa una conclusione del libello accompagnata da una dichiarazione dell'accusatore di sottoporsi a quella medesima pena, che egli provocava contro il reo, qualora questi fosse riuscito vincitore in giudizio, poneva al vivo sotto gli occhi di quello il pericolo, a cui si esponeva calunniando (1).

La pena poi della calunnia deve essere sempre quella medesima, a cui anderebbe soggetto il reo, qualora venisse riconosciuto colpevole, acciò anche in questo sia pari la condizione del reo con quella dell'accusatore. Una pena minore non garantirebbe mai abbastanza i cittadini dalla calunnia.

Tali sono le politiche guarentigie che la legge deve procurare al cittadino accusato qualora voglia introdurre il sistema dell'accusa.

Non deve poi pretermettersi, che nel processo accusatorio la legge deve ancora porre al coperto dall'accusa per un dato tempo alcune persone, cioè 1.° I magistrati, finchè non hanno dimessa la magistratura, lo che deve necessariamente avvenire, perchè la temporaneità delle cariche è inerente all'indole della democrazia: 2.° gli assenti in servizio della republica finchè dura l'assenza (2).

(1) Brissonio ci ha conservata la formola della sottoscrizione. Ecco i termini con cui la riferisce: *Ego ille adversus te in rationibus publicis adsisto: si te injuste interpellavero, et victus exinde apparuero, eadem poena, quam in te vindicare pulsavi, me constringo, atque conscribo partibus tuis esse damnandum. Et pro rei totius firmitate manu propria firmo, et bonorum virorum judicio roborandum dabo.* Ant. Matt. vol. 5. pag. 50. edit. Floren. 1825. *I boni viri* erano i giurati.

(2) Tale in fatti fu la massima del romano diritto. Ant. Matt. vol. 5. pag. 21. citata edizione.

§. III.

Ad un privato, che si erige in accusatore di un delitto e di un preteso autore di esso, sconviensi qualunque tuono d'incertezza e di dubitazione nella propria assertiva. Quale assurdo non sarebbe, se quest'uomo, cui nulla astringeva a sorger fra tanti per proporre l'accusa, e che nell'atto d'intraprenderla sottopone se stesso a quella medesima pena da lui provocata contro il reo ove l'azione abbia repulsa, quale assurdo ripeto, se poi presentandosi in giudizio dicesse: *parmi che il reo abbia commesso il delitto*, oppure: *tutte le apparenze mi fanno credere che egli sia colpevole!* Il tuono adunque di assoluta affermazione e di certezza a lui conviene (1). Che se è così, come non può dubitarsi, egli deve prima asserire, e poi provare. Da questa premessa derivano due conseguenze. La *prima* si è, che l'assertiva dell'accusatore susseguita dalla negativa del reo deve costituire in questo processo la così detta *contestazione di lite*, contestazione che deve aversi come atto preparatorio e indispensabile del giudizio, cosicchè mancando essa o per la desistenza dell'accusatore o per la confessione del reo, non possa giudizio concepirsi; ma bensì nel primo caso abbia luogo il cancellamento del nome del reo, nel secondo l'applicazione della pena senza altra indagine. La *seconda* conseguenza si è che al processo, di cui parliamo, è inseparabile compagna la sintesi, e da questa egli riceve l'origine, l'incremento, ed il fine (2).

Vedemmo che in un governo democratico o puro o misto, il popolo non solo prende un diretto interesse nella repressione dei delitti, ma anche nelle guarentigie dell'accusato. Vedemmo, che può e deve erigersi in giudice delle criminali controversie o immediatamente o per mezzo di giudici tratti

(1) In fatti, come vedemmo, il romano accusatore diceva — *ajo te Siculos spoliasse*, e l'ebreo — *judicium mortis est viro huic, quia illud fecit.*

(2) Carmignani teoria delle leggi della sicurezza sociale libro IV.

a sorte dal suo seno. Così essendo sorge l'inevitabile necessità della publicità de' giudizj. Un giudizio popolare e segreto, sia lecito il ripeterlo, è una contraddizione in termini (1).

L'accusatore per indurre ne' giudici la certezza morale della verità dell'accusa deve necessariamente far uso di quei mezzi che sono atti a procurarla. Questi mezzi sono i testimonj, gli scritti, e le congetture, i quali perciò ricevono dai retori il nome di prove, perchè sono atti a persuadere l'uditore dell'esistenza di un fatto, di cui non ha acquistata la certezza co' proprj sensi. Non annoveriamo qui fra le prove la confessione del reo, poichè nella guerra, cui rappresenta il processo accusatorio, la confessione del reo è la cessione delle proprie armi ed esonera l'accusatore dal peso della prova (2). Difatti come persuadere giudici popolari del bisogno di provare un delitto che il reo spontaneamente confessa? Non annoveriano neppure i tormenti de' servi, di cui facevano uso i Romani come mezzo di prova, giacchè qui esaminiamo le cose nella loro generalità e fatta astrazione da que' barbari usi, che una crudele politica può avere introdotto.

(1) Fu chi sostenne che presso i romsoi, sl tempo almeno degli Impersdori, i testimooj s'ioterrogassero io segreto, preso argomento dalla *leg.* 14. *Cod. de test.*, nve parlandosi de' testimonj si dice: *praecipimus . . . . omnes judicantis intrare secretum.* Il grao Cujacio fu il primo a dimostrare, che *secretum* è sinonimo di *secretarium*, e significa il luogo, dove al tempo degli Imperadori si tenevano i giudizj. Dopo di lui Anton Matteo illustrò questo argomento vol. 5. pag. 137. citata edizione, ed in oggi è fuor di questione che il romano Diritto in nessun tempo conobbe la segreta interrogazione dei testimonj. Altro argomento per ritenere che il processo quesitorio non ripete la sua origine da quel Diritto.

(2) Ecco perchè, come vedemmo, presso i romani nel pretto sistema accusatorio il reo confesso mandavasi senza dimora al supplizio: lo che fece dire a Catone Uticense parlando dei congiurati socj di Catilina — *de confessis sicuti de manifestis rerum capitalium MORE MAJORUM supplicium sumendum. Sallust. de bell. Catil. capitolo* 32. E presso gli ioglesi il reo che dice *guilty* è condannato senz'altra indagioe.

Ma gli scritti e le congetture ricevono il loro appoggio dai testimonj, poichè dello scritto è d'uopo provare l'autore, e della congettura è d'uopo trovar l'appoggio in un fatto che non è caduto sotto i sensi del giudice. Quindi tutto si riduce ai testimonj.

Questi adunque saranno interrogati in presenza de' giudici dall'accusatore: potranno esserlo anche dal reo e dal suo difensore, ma non mai da alcuno de' giudici decidenti, lo che farebbe prendere a questi una parte attiva nel processo, ed altererebbe quella imparzialità, che dev'essere la sacra veste del giudice. Quindi qualora si voglia nel processo accusatorio introdurre un giudice che interroghi i testimonj per dirigere il giudizio con minore strepito e maggiore regolarità, converrà che questi non abbia voto nella decisione della causa. Così presso i Romani il Pretore, o il Quesitore, interrogava i testimonj (1), ma non formava parte del consiglio decidente. E presso gl' Inglesi il giudice di pace fa altrettanto, ma non ha voto nè deliberativo nè consultivo.

Esaurita l'indagine delle prove è indispensabile l'udire le deduzioni dell'accusatore e del reo. Essi quindi devono avere il diritto di esporle con tutta quella diffusione ed eloquenza che può loro sembrare opportuna. È inevitabile in questo processo l'abuso (non però pericoloso come nella opposta forma) degli ornamenti rettorici sì per parte dell'accusatore che del reo. La sola indole seria e pensatrice degli Inglesi ha potuto bandirlo. Presso i Romani fu portato all'eccesso, e le opere di Cicerone ne forniscono la prova. Ma questo abuso non è senza qualche vantaggio. L'eloquenza fiorisce: il popolo prende

(1) Sembra anche che l'accusatore e il difensore dovessero chiedere a lui il permesso d'interrogare i testimonj. Di fatti Tullio nel dialogo II. dell'Oratore §. LX. racconta che un certo Filippo difensore, volendo pungere un testimonio piccolo di statura prodotto dall'accusatore, chiese licenza al Questore d'interrogarlo, e dalla risposta di questo trasse profitto per beffare il testimonio. Ecco le parole di Cicerone — Pusillus testis processit. *Licet*, inquit, *rogare*, Philippus? Tum Quaesitor properans *modo breviter*. Hic ille — *Non accusabis*; *perpusillum rogabo*.

un interesse più vivo nella discussione a misura che le sue orecchie sono solleticate dalle dolcezze della facondia: egli o concepisce un maggior orrore pel misfatto, od una maggior compassione per l'accusato innocente: utile il primo per allontanarlo dal delinquere, utile la seconda per avvezzarlo a non precipitare i giudizj. Finalmente vedendo che i costumi buoni forniscono ampia materia al difensore per la difesa, e le azioni cattive sono argomento all'accusatore per aggravare l'accusa, trova un grande interesse nell'evitare il vizio, e nell'abbracciare la virtù.

§. IV.

L'indole del processo accusatorio esige che all'indagine delle prove succedano subito le orazioni de' contendenti, ed a queste venga appresso immediatamente il giudizio. Ogni intervallo sarebbe pernicioso. Una discussione tutta orale non può lasciare nella mente dei Giudici delle tracce che durino lungamente. Ecco perchè in qualunque processo che più o meno vesta l'indole d'accusatorio è prescritta la immediata emanazione della sentenza, ed è interdetto ai giudici il disciogliersi senz'averla prima proferita (1).

Ma quale sarà il criterio che deve accompagnarla? Chiunque non è digiuno dei principj dell'arte critica non durerà fatica a scorgere, che le prove possono assoggettarsi ad un calcolo giuridico: può per esempio la legge stabilire che due testimonj maggiori d'ogni eccezione contesti di luogo, di tempo, di circostanze che depongono d'aver veduto coi proprj occhi commettersi dall'accusato il delitto, costituiranno la certezza storica della legge, e basteranno per condannare il reo: può del pari stabilire, che uno scritto riconosciuto per proprio dal reo, e costituente per se stesso il delitto formerà piena prova contro il medesimo, quando egli non possa addurre

(1) Quanto sia il rigore su ciò delle leggi inglesi lo abbiamo veduto a suo luogo.

un ragionevole motivo di errore, seduzione, o coazione, e cose simili. Ma questo criterio giuridico sarebbe esso applicabile al giudice popolare? Mainò. Imperciocchè 1.° per applicare il calcolo giuridico della prova bisogna aver cognizione della giurisprudenza, e questa cognizione non può esistere nel giudice popolare: 2.° questo giuridico calcolo porrebbe spesso il giudice nella circostanza di non trovare la perfetta prova, e di non potersi perciò decidere nè per l'innocenza dell'accusato nè per la di lui reità: non sarebbe quindi sopita la guerra fra l'accusatore ed il reo: il popolo mal riceverebbe nel suo seno un accusato asperso della macchia di un'accusa da cui non si è potuto purgare: il giudizio non avendo il tuono della certezza non potrebbe quadrare al popolo spettatore: gli accusatori in fine non temerebbero di darsi in braccio alla calunnia, poichè essendo difficile il non trovare qualche apparenza di reità contro l'accusato, basterebbe questa per esimerli dal soccombere in giudizio, ad onta della trepidazione, dei disagi, delle angoscie sofferte dal reo per colpa loro, cioè per una mal fondata accusa.

Essendo adunque inconcepibile in questo sistema il calcolo giuridico della prova, ne discende che il giudice popolare non può essere guidato alla sentenza che da una convinzione meramente istintiva. Un moto, un gesto, uno sguardo del reo o del testimonio, tutto può contribuire a formarla. Il campo degli indizj ha qui veramente la sua sede. Il giudice popolare raccoglie tutto, quasi direi, nel proprio cuore, piuttosto che nel proprio intelletto, fino alle antipatie e simpatie, e quindi passa a pronunciare la propria sentenza con una certezza, che per lui equivale all'evidenza. Persino la fredda indagine sull'esistenza del corpo del delitto non lo arresta (1). Suppli-

(1) Nell'antico metodo accusatorio de' Romani dovette procedersi alla condanna anche senza l'ispezione del corpo del delitto. Prova ne sia quel *Primitivo* servo che si confessò reo di un omicidio fittizio, e che fu dal Proconsole Voconio Saxa condannato. Scopertasi poi di quel misero servo l'innocenza, l'Imperadore ordinò che fosse revocata la con-

sce col suo naturale criterio anche a quel giudizio, che sul delitto in genere i soli periti potrebbero con sicurezza emanare (1). Infine egli non riconosce nulla di mezzo fra la convinzione della reità, e quella dell'innocenza, e pronuncia francamente o l'una o l'altra.

Ecco perchè presso i Romani non fu riconosciuta altra sentenza assolutoria che quella così detta *a crimine*, ossia la dichiarazione dell'innocenza: ed ecco perchè presso gl'Inglesi la decisione del piccolo *Jury* si riduce a *guilty* o *not guilty*, cioè *l'accusato è colpevole*, oppure *non è colpevole*, e viene chiamata *veredictum*.

§. V.

Le cose esposte sin qui intorno al processo accusatorio possono far nascere nella mente degli apprendenti dei *dubbj* intorno alla vera natura del metodo inglese storicamente narrato nel §. VI. capitolo unico del precedente trattato I. È nostro obligo di prevenirli e risolverli. Eccoli per ordine.

I. Il processo inglese è veramente accusatorio?

II. Se è tale, come ha potuto sorgere in un Governo misto di monarchia?

III. Quali sono i punti, in cui diverge dal sistema accusatorio attuato presso i Romani in tempo di Repubblica?

I. Il processo inglese appartiene veramente al metodo accusatorio per due caratteri, che sono proprii unicamente di questo, cioè 1.° che non vi è pubblico accusatore nè funzionario inquirente: 2.° che il giudizio è riservato al popolo.

1.° Che in Inghilterra non vi sia pubblico accusatore si

danna. *Leg.* 1. §. 27. *ff. de quaestion.* Questa nostra opinione è confermata da quanto dottamente dimostra l'anonimo Autore del *discorso sulle confessioni spontanee de' rei* nella parte II. cap. X.

(1) Tale è il metodo de' giudici inglesi. Veggasi *Cottu* citato dal Carmignani *teoria delle leggi della sicurezza sociale. Volume* 4. *pagina* 247.

ha dal Meyer, (1), dal Carmignani (2) e dal Cottu (3), l'ultimo de' quali fu al dire del Professor Pisano spedito a bella posta in Inghilterra per prendere cognizioni locali ed esatte intorno al *Jury*. È vero, che quando l'accusato dichiara di voler discutere *not guilty*, il Cancelliere in nome del re risponde — *culpabilis est*: *praesto sum probare*. E ciò dal Blackston viene chiamato il contradditorio fra il re e l'accusato (4): ma questa è una mera forma introdotta solo per avere le due parti fra loro discrepanti, ossia la contestazione della lite, d'onde ha poi origine il giudizio, il quale suppone una parte che affermi, l'altra che neghi. D'altronde appena uditi i testimonj prodotti in prova della pretesa reità e quelli che l'accusato adduce a sua discolpa, subito i piccoli giurati si ritirano per pronunciare il giudizio senza che si faccia luogo ad alcuna perorazione nè per l'una parte nè per l'altra. La stessa accusa regolare, di cui parla il Blackston è quell'atto che si fa dal Grande *Jury* quando ricevute le informazioni pronuncia *a true bill*, e dichiara il reo sottoposto all'accusa.

2.° Che il giudizio sia riservato al popolo apparisce chiaramente da quanto dicemmo nel citato capitolo parlando della formazione del grande e del piccolo *Jury*. La Corte suprema di giustizia può in un solo caso avocare a sè la causa, ed è quando abbia fondato sospetto, che ne' giurati vi sia parzialità a favore o contro l'accusato. Così il *Blackston cap. 24.*

II. Per quanto sia certo, che il processo accusatorio non è così incompatibile con una Monarchia temperata come la inglese da Corpi rappresentativi, quanto lo è colla Monarchia pura, tuttavia non si potrebbe render ragione del come in Inghilterra sia sorto un metodo di procedere contro i rei, che

(1) Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie dei primarj Stati d'Europa lib. III. cap. XIV. nota prima.

(2) Teoria delle leggi della sicurezza sociale Vol. 4. pag. 238.

(3) *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre chap. 2. pag. 33.*

(4) Commentario sul Codice criminale d'Inghilterra Vol. 2. pag. 27.

ha i principali caratteri di accusatorio, se non si sapesse che l'origine del metodo, di cui parliamo, si perde fra le tenebre del medio evo (1). Abbiamo da Blackston, che anticamente dopo le prove, se il reo era negativo e così formava col Cancelliere la contestazione testè accennata, gli si domandava con qual mezzo voleva esser giudicato, cioè se *coll' acqua o col fuoco*; nè vi è memoria che dopo abolite le purgazioni volgari lo si ammettesse a giustificarsi colla purgazione canonica, che abbiam veduto consistere nel giuramento corampopolo di tre o di cinque o di sette conoscenti benevoli dell'accusato. Fu dunque al cessare di que' fallaci sperimenti, che sorse il processo per giurati, giacchè come attesta il citato inglese scrittore la domanda, che attualmente si fa all'accusato, dopo che ha detto *not guilty*, è se vuol essere giudicato dai giurati di distretto, domanda sostituita all'altra, con cui s'invitava a scegliere fra la prova dell'acqua e quella del fuoco. Ora siccome alle prove dell'acqua, del fuoco, della croce, de' duelli assisteva il popolo e per se stesso giudicava dall'evento fortunato o avverso di quegli sperimenti se il reo era innocente o colpevole, così da tali vetustissime costumanze ebbe origine l'attribuzione del poter giudiziario al popolo inglese, attribuzione, che poi questa Nazione gelosamente custodì e conservò, perchè in essa sola riconobbe e riconosce il palladio della sua libertà civile, di quella libertà civile, che in altri Stati per mezzo di ben diverse ma non meno efficaci istituzioni è guarentita e protetta.

III. Molti sono i punti, nei quali il processo inglese differisce dall'accusatorio vigente presso i Romani in tempo di Repubblica. V'è diversità nella iniziativa, nel prosegnimento, nella ultimazione. Nella iniziativa, perchè in Roma l'accusato non diveniva mai inferiore di condizione al suo accusatore. Se si era nel caso di dover sottoporre a custodia il primo, si faceva altrettanto del secondo: *leg. ult. Cod. de accus.* Nel processo inglese all'opposto l'offeso, che si erige in accusatore

(1) Carmignani Teoria delle leggi della Sicur. soc. Vol. 4. pag. 250.

privato, ha tanta forza sul reo, che se il primo conferma con giuramento la sua accusa, il secondo viene arrestato, salvi poi gli effetti dello Statuto *habeas corpus*. Blackston *Opera citata capitolo XXI*. Nel proseguimento; imperocchè i Romani ravvisando nel processo una vera guerra fra l' accusatore ed il reo la vestirono di tutte le sembianze d' un' azione drammatica, nella quale quest' ultimo con tutto quanto può intenerire e commuovere il giudice non v' ebbe la minor parte, fino a trar partito dall' intervento de' proprj parenti vestiti a lutto. Fra l' oratore poi dell' accusa, ed il difensore dell' accusato aveva luogo una vera pugna di argomenti, nella quale mentre il primo con tutto l' artificio oratorio procurava di eccitare l' orrore pel delitto e lo sdegno verso la persona dell' accusato magnificandone i difetti, l' altro con pari artificio esaltava tutto ciò che di buono poteva trovar nel cliente, procurava di render odiosa la persona dell' accusatore, ed in fine persino la compassione de' giudici a pro del reo sforzavasi di eccitare. In fine in siffatta lotta aveva campo libero e luminoso l' eloquenza, i cui prestigi spesso decisero della vittoria (1). Tutto l' opposto è presso gl' Inglesi. Il reo non parla nè si appassiona: l' *Attorney*, ossia il Causidico, che assiste l'offeso fattosi accusatore o *prosecutor* in giudizio, interviene solo per dirigere ai testimonii quelle interrogazioni che crede del caso: il consigliere dell' accusato fa altrettanto. Tutto è calma, ponderazione, freddezza. *Carmignani Teoria ec. Vol. 4. pag. 258.* Nella ultimazione; imperocchè nel processo de' Romani la maggioranza anche di un sol voto decideva della condanna od assoluzione dell' accusato: presso gl'Inglesi questi non può essere condannato, se tutti i piccoli giurati non sono unanimi nel giudicarlo colpevole. Il perchè il criterio regolatore del giudizio dei Romani era quello della forza; il criterio degli Inglesi è quello della ragione e della giustizia.

Nel mezzo poi di queste marcatissime differenze v' hanno

(1) Ne abbiamo prova parlantissima nelle accuse e nelle difese di Cicerone.

dei punti essenziali di vicinanza e di contatto fra i due processi. I Romani davano garanzia all' accusato contro la calunnia mediante la iscrizione del libello e con essa la minaccia all' accusatore di quella stessa pena ch' ei provocava contro l' accusato, qualora questi riuscisse vincitore nel giudizio: gli Inglesi raggiungono la stessa guarentigia mediante il giudizio di ammissione di accusa. I Romani riconoscevano le ricuse perentorie dei giudici: le riconoscono del pari gl' Inglesi. I Romani mandavano i rei confessi alla pena senza occuparsi di alcuna indagine sulle prove, indagine inconcepibile pel giudice popolare dirimpetto alla confessione del delitto: lo stesso fanno gl' Inglesi. I Romani finalmente non ammettevano altra dichiarazione ultimatoria del giudizio tranne la condanna o la piena e perfetta assolutoria: lo stesso si ha nel *veredictum* de' piccoli giurati, atto finale dell' inglese procedura.

Da tutte queste considerazioni discende un importante corollario, cioè che mentre da un lato il processo accusatorio de' Romani ripugnerebbe ai tempi nostri per la differenza del Governo, dei costumi, della Religione, dall' altro canto il processo inglese che non può traslocarsi altrove col principale suo carattere della unanimità coatta de' suffragi, e che spogliato di questa perde ogni suo pregio e si snatura, può simbolicamente definirsi un albero, che trapiantato dal suolo, ove nacque e dove una vita di più secoli ne conserva il vigore, degenera aduggia e rende frutti aspri e malsani (1).

(1) La piena dimostrazione di questa verità fu argomento di un nostro piccolo lavoro reso di pubblico diritto nel 1846. *Discorso critico sui Giurati. Macerata pel Cortesi.* Ci fu poi testè di non lieve soddisfazione il vedere, che la nostra opinione concorda con quella del Chiarissimo Scrittore del *Saggio sugli ordini politici dell' antica Roma paragonati alle libere costituzioni moderne. Torino* 1855. Quivi l' illustre Autore Marchese *Matteo Ricci* già noto alla repubblica scientifica per altri lavori sul gius pubblico e specialmente per la sua traduzione della *Politica di Aristotile* preceduta da prolegomeni informati di vasta e profonda erudizione, pone elegantemente in palese il grave error di coloro, che credono essere riposta nei giurati la salvaguardia della difesa sociale.

CAPITOLO II.

Del processo inquisitorio, o quesitorio.

SOMMARIO

§. 1. Della relazione di questo processo colla natura del governo e coi costumi dei popoli, e del suo metodo indagativo.

§. 2. Della sua iniziativa.

§. 3. Della cattura dell' inquisito, e delle cautele che debbono accompagnarla.

§. 4. Dell' esame sommario del reo.

§. 5. Dell' esame ordinario del medesimo.

§. 6. Della contestazione del reato, e della publicazione del processo.

§. 7. Della legittimazione degli atti.

§. 8. Della forma che assume la difesa nel processo quesitorio.

§. 9. De' giudici decidenti, della sentenza, e del criterio che deve accompagnarla.

§. I.

Se il metodo accusatorio ripugna alla natura del Governo monarchico per essere inconcepibile in questo, come dicemmo (trattato II. capitolo unico §. I.), lo smembramento de' sovrani poteri, se un tal metodo ripugna eziandio a quelle condizioni sociali, in cui trovansi costituite le odierne nazioni europee, nelle quali l' immensa mole degli interessi materiali e morali fanno sì che le masse, se non sono da faziosi agitate, poco si occupino degl' interessi politici, è chiaro che, dato un go-

verno monarchico e date le suesposte condizioni, è forza convolare per la repressione dei delitti al metodo opposto, cioè all'*inquisitorio* o *quesitorio*. Questo metodo, del quale fin dalla pag. 498. a 499. indicammo in iscorcio i caratteri, è analogo alla Monarchia, ed all'indole de' popoli a forma monarchica governati. È analogo alla Monarchia, perchè in essa nulla ripugna che il Sovrano istituisca de' Magistrati investendoli della facoltà di portar giudizio in suo nome sui cittadini imputati di aver violate le leggi, e al tempo stesso crei officiali totalmente distinti dai primi di grado e di funzioni, affidando loro l'importante incarico d'investigare colla più religiosa imparzialità, appena si conosce che l'ordine pubblico è stato turbato, chi fra i cittadini sia stato il vero autore della offesa sociale. È analogo all'indole de' popoli a monarchica forma governati, poichè dove i cittadini e per coltura e per costume confidano nelle leggi, nel Sovrano, nei Magistrati, dove i poteri trasfusi dal Principe sono per tal modo ripartiti e graduati, che niuno ne possa abusare, i cittadini stessi fondano la propria sicurezza sul riflesso, che l'ordine pubblico non sarà turbato senza che una forza attiva sorga a rintracciare e punire il turbatore. Essi in tal caso confidano più per lo scoprimento del colpevole nell'occhio vigile del funzionario soggetto anch'egli al sindacato di chi gli presiede, che nello incerto zelo di un privato, che potrebbe in mille circostanze mancare (1).

Nè deve tacersi che se l'accusa è necessaria, come osservò un grande politico, nelle repubbliche per temperare le rivalità cittadine, saviamente intesa è nelle monarchie la ricerca d'ufficio, la quale impedendo le private accuse sopisce una sorgente di odj e di discordie private.

Ma di questo sistema indagativo, che molti aborrono senza conoscerne altro che l'abuso, qual'è la vera indole? Un funzionario, che freddo ed imparziale intende alla scoperta del colpevole, tradirebbe il suo delicato ministero, se fin dai primi

(1) Cremani de jure crim. lib I. part. III. cap. II. §. III.

passi, dalle prime apparenze credesse o asserisse d'averlo trovato. Nulla è più contrario al raggiungimento del vero quanto il precipitoso giudizio, ed è ormai fuor di questione che il miglior metodo per arrivare alla verità è l'analisi. Questa adunque deve esser la guida, questa deve formare il carattere costante della ricerca d'ufficio. Se l'accusatore procedeva dall'incerto al certo, il giudice inquirente all'opposto prenderà le mosse dal certo per iscoprire l'incerto. Se l'accusatore asseriva e poi provava, il giudice inquirente dovrà provare e poi asserire, ed anche raggiunta la prova la sua assertiva non dovrà mai prendere il tuono dell'assoluta certezza e del dommatismo. Non essendo egli giudice del fatto, nè potendo esserlo, come dimostreremo a suo luogo, darebbe a divedere di mal conoscere le sue attribuzioni anticipando un giudizio, che non è ancor pronunciato, e che non è in sua facoltà il pronunciare (1).

Di più. Non può concepirsi in natura vera interrogazione, la quale non presupponga nell'interrogante l'ignoranza di ciò che domanda (2). Chi interroga ed affetta la certezza di ciò che chiede, commette un sopruso, una sopraffazione tendente ad estorcere dal labbro dell'interrogato una risposta che confermi la supposta certezza. Egli pone per certo ciò che è incerto, suggerisce all'interrogato la risposta, in una parola usa un *suggesto*, cosa che contiene la frode, ed è affatto avversa alla scoperta della verità. Dunque ogni interrogazione, che non regge al rigore dell'analisi, ripugna alla ricerca di uffizio. Dunque il metodo analitico deve alla medesima presiedere costantemente.

(1) Le formole forensi — *la curia, ed il fisco pretendono* — *la curia ed il fisco sono diversamente informati*, confermano la verità che qui espongo.

(2) Carmign. Elem jur. crim. §. 595.

§. II.

Il processo accusatorio non può aver principio se non dirigendosi contro una determinata persona, poichè sarebbe assurdo e ridicolo al tempo stesso veder sorgere un privato ad accusare un delitto, di cui non sa indicare l'autore. Il processo quesitorio al contrario non essendo che un'imparziale ricerca del vero diretta a ristabilir l'ordine turbato dal delitto, deve porsi in moto appena si ha notizia di un misfatto, benchè ignoto ne sia l'autore, anzi per non alterare il sistema dell'analisi deve accertarsi dell'esistenza del delitto in genere, prima di passare a ricercarne l'autore. Difatti facendo diversamente il giudice inquirente si porrebbe troppo facilmente al rischio di vessare un cittadino innocente, poichè dopo averlo preso di mira potrebbe mancare il materiale del delitto, e allora si vedrebbe sorta la difesa ove mancava l'offesa, e, quel ch'è più, convertito in offesa quello stesso mezzo ch'è destinato a reprimerla. Questo principio fa nascere nella scienza nostra due distinzioni: la prima d'*inquisizione generale*, e *speciale*: la seconda di *prova generica e prova specifica del delitto*.

L'inquisizione è *generale* non solo finchè il giudice esplora l'esistenza generica del delitto, ma ancora finchè ricerca fra i cittadini chi sia l'autor del delitto, ossia finchè non si dirige contro una determinata persona.

È *speciale* quando raccolti fondati elementi per prender di mira un determinato cittadino, dirige la sua ricerca contro il medesimo per vedere se realmente le prove siano tali da riputarlo colpevole. L'oggetto della prima è di preparare la strada alla seconda, cioè di vedere contro quale cittadino si debba rivolgere la ricerca della reità. L'oggetto della seconda è di prender di mira il presunto colpevole indicato dalla inquisizione generale, e raccoglier le prove o per convincerlo di sua reità o per persuadersi della sua innocenza (1).

(1) Non è ancora estirpato del tutto dal foro il pregiudizio di credere che la ricerca del giudice inquirente non debba abbracciare se non

Ora prima di passare alla seconda distinzione, è d'uopo spiegare da quali agenti l'inquisizione generale possa ricevere impulso ed aver origine.

Varie sono le persone pel cui impulso viene suscitata la inquisizione generale. Esse ricevono i nomi di *querelante*, *denunziante*, *delatore*, *indice*, *nunziatore* a seconda del diverso fine da cui sono mossi a portare a notizia del giudice inquirente l'avvenuto delitto. *Querelante* dicesi la stessa persona offesa, che accusa il crimine per ottenere la riparazione del danno. *Denunziante* quando è un privato cittadino che il fa per solo amor del ben pubblico senza però caricarsi del peso di stare in giudizio come accusatore, lo che al solo accusatorio metodo si addice. *Delatore* colui che, in virtù di una dichiarazione dell'autorità pubblica promettente un premio a chi palesa il delitto e il delinquente, sorge a denunziar l'uno e l'altro per conseguire il lucro annesso al rivelo. *Indice* quando è un complice del delitto che per procacciare a se stesso la impunità manifesta i coagenti del suo misfatto. *Nunziatore* finalmente appellasi colui che porta a notizia del giudice l'offesa sociale, perchè delegato dall'autorità pubblica con apposito stipendio a vegliare sul buon ordine ed a palesare le azioni criminose e i loro autori. Nè deve pretermettersi che anche la sola voce pubblica che annunzii avvenuto un delitto è bastevole, perchè il giudice inquirente assuma *ex officio* l'inquisizione generale.

Ora passiamo a vedere in che consista la distinzione della prova *generica* dalla *specifica*.

Le sette ricerche di cui abbiamo parlato alla pag. 480.

le prove che gravano l'inquisito. Noi procureremo di vincere colle ragioni questo pregiudizio. Intanto per quello riguarda il nostro Stato rimettiamo il lettore agli art. 274. e 340 del Regolamento di procedura criminale, dove espressamente si statuisce, che gli esami de' testimonii non meno che gl'interrogatorii del reo debbono essere diretti ad *indagare imparzialmente la semplice verità tanto relativa alla colpabilità, quanto alla innocenza dell'imputato*. Sono parole della legge.

a 481. mentre si accumulano e si confondono nel processo accusatorio, vengono invece distinte accuratamente nel quesitorio. La fama annunzia che un uomo è mancato ai vivi. L'officio del giudice inquirente si propone subito queste tre ricerche 1.° se quell'uomo è realmente morto: 2.° se è morto *per violenza*, lo che importa l'esclusione della morte naturale: 3.° se è morto per violenza *umana operata da altrui*, per la qual prova convien escludere l'azione degli enti inanimati, de' bruti, e dell'ucciso medesimo contro se stesso. Facendo costare la prima delle dette cose si ha la prova *materiale* del delitto: facendo costare la seconda e la terza si ha la prova *formale* (1), ossia la prova, che la morte di quell'uomo avvenne, come dicono i Pratici, *ex scelere*. Imperciocchè quantunque nel progresso delle indagini possa accadere che si verifichi esser quell'uomo stato ucciso da un terzo per legittima difesa di se stesso, pure questa speculazione appartiene alla disamina *speciale* del fatto, e la possibilità di questo risultamento non può impedire, che la Società ravvisi in quella morte *un delitto*, finchè non si ha dimostrazione in contrario. La prova materiale e formale viene abbracciata dai forensi sotto il vocabolo di *prova generica del delitto o prova del corpo di delitto.*

La prova specifica poi è quella che indica un determinato cittadino come autore del crimine.

Ma qui sottentra un'altra distinzione.

Fra le offese sociali altre sono di tal natura, che lasciano dopo di sè per qualche tempo delle tracce suscettibili di cadere sotto l'azione de' nostri sensi, altre non le lasciano affatto. I primi chiamansi *delitti di fatto permanente*, quali sono l'omicidio, la ferita, il furto con rottura ecc.: i secondi diconsi *di fatto transeunte*, come sono la bestemmia, l'ingiuria verbale, il furto semplice ecc. Lib. I. pag. 294.

(1) Il Carmignani, che ha distinto queste due prove, rimprovera al Paoletti di avere insieme confusa la prova formale colla speciale. *Elem. jur. crim.* §. 560 *et seq.*

Nei primi può e deve accuratamente distinguersi la prova materiale del delitto dalla formale. Nei secondi l'una e l'altra non possono disgiungersi.

Di più. Nei delitti di fatto permanente potendo dal giudice inquirente acquistarsi la certezza fisica dell'esistenza materiale e formale del delitto, non può egli trascurarla senza esporsi al pericolo testè accennato, cioè di far sorgere la difesa ove manca la offesa. Egli adunque si procurerà questa fisica certezza coll'accedere sulla faccia del luogo, ed in unione all'attuario e a due o più testimonj (per dare maggiore autenticità al suo atto) ispezionerà le tracce lasciate dal delitto, affidando allo scritto minutamente tutte le circostanze che emergono, affinchè quello che è per lui certezza fisica diventi poi pe' giudici decidenti una certezza morale, e legale. Siccome poi la prova formale del delitto è sempre dipendente dai principj di un'arte o scienza, così assumerà due periti della detta arte o scienza, e fatto prestare ai medesimi il giuramento gl'inviterà a riferire secondo la loro arte, perizia e coscienza quale giudizio formar possono del materiale del delitto, ossia se il medesimo offre loro l'aspetto di delitto formale. I periti allora premessi gli esperimenti suggeriti dall'arte loro riferiranno il proprio giudizio, il quale sarà fedelmente affidato allo scritto (1).

In questo accesso, ispezione e perizia consiste la prima e la più importante funzione dell'inquisizione generale. Ma qui la medesima non si arresta. Accertatasi dell'esistenza del delitto in genere passa ad esplorare chi fra i cittadini ne possa essere l'autore, e con quali circostanze sia stato commesso (2).

(1) Con questi principj concordano pienamente gli art. 169, 170, e 171. del Regolamento di procedura criminale.

(2) Il chiarissimo Samuele Boemero, Autore che scrisse sulle materie criminali con un criterio superiore a' suoi tempi, insegnò tre essere i sommi capi dell'inquisizione generale cioè 1. Se il delitto sia stato veramente commesso, 2. chi possa credersene l'autore, 3. da quali circostanze sia stato accompagnato. La dottrina di quest'autore combina perfettamente coi nostri principj.

A tale effetto interroga i testimonj più prossimi al luogo ove fu commesso il delitto, interroga gli altri che da quelli vengono indicati come informati del fatto, raccoglie tutte le fila che condur possono alla scoperta dell'autore dell'offesa e delle sue circostanze, e le coltiva colla maggior diligenza possibile per accostarsi allo scoprimento del vero, non altrimenti che farebbe il Naturalista per iscorgere tutti i caratteri e le qualità di un semplice di cui ignora la natura e le virtù terapeutiche. Nè si creda che la ricerca sulle circostanze del delitto possa riserbarsi all'inquisizione speciale. Sarebbe questo un enorme errore. Imperciocchè siccome le circostanze di un fatto possono far sì che il medesimo o sia un atroce misfatto, o un leggero mancamento, o un'azione non imputabile, come nelle tre distinte fattispecie dell'omicidio proditorio, o colposo, o commesso per legittima difesa, ne verrebbe che trascurando le circostanze dell'azione si andrebbe a rischio di carcerare un cittadino innocente, ovvero un individuo, contro cui per la leggerezza del fallo la legge non istatuisse la severa misura dell'imprigionamento.

Restano ora ad avvertirsi due cose, cioè 1.° che l'inquisizione generale come quella che niuna offesa apporta all'individuale sicurezza, può e deve intraprendersi sopra qualunque remotissimo indizio ed anche sulla semplice fama publica, massime nei delitti di fatto permanente (1), 2.° che siccome il passare all'inquisizione speciale senza aver premessa la generale sarebbe un porre a repentaglio l'individuale sicurezza, così la violazione di questa regola deve dalla legge caratterizzarsi per un abuso d'ufficio punibile nel giudice inquirente. In due soli casi può, e deve procedersi all'inquisizione speciale senza anteporre la generale: 1.° quando il reo viene sorpreso *in flagranti*, non trascurando però mai di assumere la prova generica del delitto: 2.° quando il delitto è di tal indole, che non può procedersi senza la sorpresa *in flagranti*,

(1) Renazzi Elem. Jur. Crim. lib. III. cap. IV. §. VI. num. 2. Carmignani Elem. Jur. Crim. §. 564.

come sarebbe la delazione delle armi. Nel primo caso l'inquisizione generale è inutile, nel secondo è proibita (1).

§. III.

La ricerca del giudice inquirente non può giungere al suo scopo, se non assicurandosi della persona, contro cui emergono fondati sospetti di reità, ed isolandolo da ogni comunicazione. Imperciocchè 1.° l'assunzione del corpo di delitto, anche per le indagini che la susseguono, non potendo rimaner occulta, ne verrebbe, trascurando una tale assicurazione, che il reo si procaccerebbe la propria salvezza colla fuga, ed eviterebbe la meritata pena: 2.° abboccandosi egli coi testimonj che sono scienti del fatto, e tentandone la subornazione sconcerterebbe le fila della tela analitica, che si viene intessendo dal giudice inquirente. Da queste premesse discende, che se la legge ha diritto di cercare i delinquenti e di punirli, avrà ancora il diritto di catturarli; e che lo scopo di questa cattura nel processo quesitorio è duplice, cioè d'impedire che il reo sfugga la meritata pena, e di togliergli il mezzo d'intorbidare il procedimento della ricerca d'officio (2).

Nè si creda che la cattura del reo non possa produrre dei salutevoli effetti anche a chi la subisce. Qual invincibile argomento d'innocenza non sarà se uno o più testimonj addurranno una circostanza escludente la colpabilità dell'inquisito, quando si avrà la fisica impossibilità che questi gli abbia istruiti a così deporre? E qual fede non avranno le discolpe del reo isolato trovandosi conformi al detto de' testimonj?

Ma mentre io così difendo come analoghi al processo quesitorio l'imprigionamento dell'inquisito ed il suo isolamento, tradirei la causa dell'umanità, se non esponessi le guarentigie giuridiche che debbono precedere quest'atto per natura gravissimo ne' suoi effetti, quelle che debbono accompagnarlo o

(1) Carmignani Opera citata §. 563.
(2) Carmignani Opera citata §. 576.

susseguirlo, e le regole, che pel bene sociale ne debbono limitare l'applicazione. Esse tutte sono comprese ne' seguenti canoni.

I. La legge deve stabilire che non si possa procedere all'arresto di alcun inquisito se prima non costa dagli atti la prova generica del delitto e se non si hanno in processo uno o più indizj, che inducano fondato sospetto della di lui reità. Questa regola allora soltanto deve cessare, quando il reo viene sorpreso in *flagrante*, o *quasi flagrante delitto*. Dicesi *flagrante delitto* quello di chi viene sorpreso nell' atto stesso di ferire, di rubare, o in altro atto iniziativo o consumatorio di qualsiasi misfatto: dicesi poi sorpreso il reo in *quasi flagrante*, quando viene incontrato dalla forza publica in atto di sospetta fuga dal luogo del delitto, e massime se viene inseguito dai clamori del popolo (1).

Coerentemente a questo primo canone l'art. 333. del Gregoriano Regolamento di procedura dichiara che il mandato di arresto *dev' essere preceduto*, eccetto i due casi testè accennati, *da accusa, querela, denunzia* o *comparsa*, e *da verificazione sommaria ancorchè stragiudizialmente fatta di uno o più indizii, che somministrino FONDATO ARGOMENTO della reità della persona da catturarsi*. Questa sanzione è per la libertà civile una preziosa salvaguardia, la quale diventa anche più efficace se si accoppia all' altra cautela, che qui appresso andiamo ad esporre. Che se il citato Regolamento non enuncia, come il nostro canone, la necessità di far precedere *la prova generica del delitto*, è però questa una condizione virtualmente sottintesa dal legislatore, perchè avendo egli prima stabilito cogli art. 235. e 236., che la sola sorpresa in flagrante o quasi flagrante delitto dà luogo *all' imme-*

(1) Questi casi sono contemplati dagli art. 235. 236. 327., e 328. del Regolamento, il quale inoltre nell' art. 329. permette di arrestare un cittadino, quando un altro lo indica come autore di un delitto e come sospetto di fuga, purchè però questi si offra d' essere contemporaneamente anch' esso tradotto in carcere, garantendo così colla propria persona la legittimità dell' arresto.

diata inquisizione, è chiaro che eccetto un tal caso la procedura deve camminare a termini di ragione, e camminando in tal guisa l'assunzione del corpo del delitto è uno de' primi doveri del giudice inquirente (1).

II. Eccetto il caso di fondato sospetto *d'imminente* fuga della persona indiziata, l'arresto non dovrebbe dipendere dal puro arbitrio dell'inquirente, ma questi dovrebbe provocarne l'ordine da altro Funzionario esempigrazia dal *Procurator regio*, Magistrato, le cui nobili funzioni vedremo nel seguente capitolo come possono farsi armonizzare col processo inquisitorio. Per quanto infatti la legge inculchi ai giudici inquirenti di vestire la sacra veste dell'imparzialità, essi sono uomini, e come tali benchè saggi sentono nel loro amor proprio una specie di prevenzione per tutto ciò che è opera del loro ingegno. Possono dunque essere illusi dagl'indizj da loro stessi raccolti, e precipitare un atto, che arreca al cittadino una pena prima che sia dimostrato esser egli colpevole. La cautela, che noi qui proponiamo, allontanerebbe questo disordine.

III. Ad evitare qualunque errore nell'arresto sempre funesto alla sicurezza individuale, l'ordine di cattura sarà emesso in iscritto, e dovrà contenere nome, cognome, padre, patria, età, professione, domicilio della persona da catturarsi, e nella inscienza di queste particolarità i connotati, che valgano a distinguere la persona stessa (2). Quest'ordine dovrà dalla Forza pubblica nell'atto dell'arresto rendersi ostensibile alla persona da imprigionarsi (3).

(1) Qui omettiamo di riferire la critica elevata dal De-Simoni contro il Beccaria sul più o men lato arbitrio da concedersi ai giudici inquirenti nell'estimazione degl'indizii, che preceder devono la cattura, critica della quale ci occupammo nella seconda edizione Vol. I. pagina 488. e 489. In oggi non v'è, per quanto sappiamo, alcun codice in Europa che non abbia su questo argomento cautele giuridiche a tutela della libertà civile.

(2) Concorda perfettamente l'art. 332. del citato Regolamento.

(3) Leg. *Si quis adserat*. Cod. de Mand. Princ. leg. *prohibet*. Cod. de jur. Fisci Carmignani opera citata §. 582.

IV. In tutti i delitti, in cui la pena non eccede il rango delle correzionali, l'ordine di cattura non dovrebbe emanarsi se non nel caso, che il reo citato dal giudice inquirente a comparire per essere esaminato si ricusasse di obbedire (1). In fatti ne' leggeri delitti quale assurdo non è mai quello di far espiare al reo la pena col carcere, mentre ancora non è dimostrato s'egli sia colpevole? Qual danno può derivarne se si lascia libero? Forse fuggirà per evitare la pena? Questo timore non può aversi, se non nel caso di persone non aventi nè arte nè professione nè domicilio fisso, prive affatto del *valore sociale*, quali sono i vagabondi, e questi essendo pel loro genere di vita in un'abituale delinquenza contro la società formano eccezione alla regola. In tutti gli altri individui non potrà mai temersi che il reo voglia darsi in preda ad un perpetuo esiglio abbandonando i congiunti, gli amici, ed il suolo natio, pel quale ognuno sente una naturale affezione, ed imporre così a se stesso una pena superiore a quella che la legge ha decretato al suo trascorso.

Questo principio fa nascere nella nostra scienza la distinzione di *citazione verbale*, e *citazione reale*. La prima ha luogo ne' leggeri delitti e consiste in una intimazione scritta, con cui s'ingiunge al reo di presentarsi innanzi al giudice per essere esaminato. La seconda è la cattura.

V. In tutti i delitti, ne' quali la pena è pecuniaria, benchè fosse alternativa coll'afflittiva a scelta del reo (2), l'inquisito data idonea *cauzione* dev'essere dimesso con precetto

(1) Concorda in parte l'art. 474 del citato Regolamento, nel quale sarebbe desiderabile che fosse precettivo ciò che ivi si dà come facoltativo al Giudice. Ora però l'Ordine circolare di Segretaria di Stato del primo Novembre 1835. ha reso verificato questo nostro voto espresso fin dalla prima edizione di quest'opera. In virtù di un tal Ordine l'imputato di delitti, la cui pena non ecceda la competenza del giudice singolare, viene, dopo l'esame, abilitato a difendersi fuor del carcere, ancorchè egli non ne faccia istanza.

(2) Quest'alternativa presso noi ha luogo in un solo caso, cioè nello stupro semplice.

di ripresentarsi ad ogni chiamata della giustizia, e specialmente nel giorno della proposizione della causa (1). *La cauzione* si definisce *una promessa con cui il reo si obliga* o *semplicemente di ripresentarsi in giudizio ad ogni chiamata del giudice*, o *ancora di eseguire il giudicato*. Essa può essere *nuda*, o *non nuda*. La prima consiste nella semplice promessa del reo: la seconda si suddivide in *fidejussoria*, *pignoratizia*, e *giuratoria*, secondo che v'interviene o la fidejussione di un terzo, o un pegno od ipoteca, o il semplice giuramento del reo (2). Nel caso contemplato in questo V. canone deve esigersi la cauzione fidejussoria, o pignoratizia.

Devo qui prevenire un'obbiezione. Dirà taluno, che se nei precedenti due casi la cattura del reo non è necessaria per assicurarsi che essendo egli colpevole subisca la pena, può credersi consigliata dall'altro riflesso d'impedire che il reo intorbidi le prove fiscali. Al che rispondo, che dove è minore la pena, minore è anche l'interesse di tentare una subornazione, e meno facile è l'eseguirla. Imperocchè non v'è il tornaconto del reo d'imprendere, per evitare la pena d'un lieve delitto, un crimine maggiore, che assoggetta a pena assai più severa, e ch'è tanto facile ad essere scoperto: lo stesso testimonio tentato a mentire regge con maggiore costanza alla subornazione quando vede che per un lieve interesse si vuol fargli tradire la religione del giuramento. D'altronde non debbono mai perdersi di vista i gravissimi effetti, che derivano dall'arresto. Il cittadino soffre una pena quando ancor non è certo se sia colpevole: se è capo di famiglia ed artiere, sono esposti gl'individui, che la compongono, alla miseria: se ha soltanto la prima qualifica, restano la moglie, le figlie abbandonate ed esposte alle insidie dei seduttori. Insomma l'arresto è una misura odiosa, giustificata solo dalla necessità, e sarà sempre sommamente benemerito dell'uman genere quel Principe, che ne restringe i casi di applicazione.

(1) Concorda l'art. 673. del citato Regolamento.
(2) Carmign. Opera citata §. 589.

VI. Nei delitti, la cui pena non eccede la rilegazione (e presso noi potrebbe dirsi nei delitti, che *non eccedono la pena di cinque anni d'opera pubblica*), dovrebbe darsi la facoltà al Capo del Tribunale, che secondo i casi potesse abilitare il reo *dopo i costituti* alla difesa a piede libero, data la cauzione pignoratizia, o fidejussoria. La condizione illustre per nascita, meriti, o dottrina, la ricchezza fondiaria o commerciale, il temperamento infermiccio del reo, la di lui condizione d'artiere o agricoltore o bracciante, la quale il renda l'unico sostegno di sua famiglia, una presunzione che si presenti della di lui innocenza, e cose simili dovrebbero essere i motivi allegabili per ottenere la detta equitativa misura, poichè in tutti questi casi rendesi impresumibile la fuga dell'inquisito (1).

VII. La carcerazione del reo non avendo per iscopo di affiggerlo, ma soltanto di assicurarsi della di lui persona, non dev'esser lecito agli esecutori degli ordini di giustizia di praticare alcuna sevizia sopra i carcerandi; ed anzi la loro stessa

(1) Questo canone è tratto dalla leg. 1. *ff. de cust. et exhib. reorum* ed è consigliato dai più accurati scrittori, fra i quali il *Cremani de jure criminali lib.* 3. *cap.* 14. §. 3. *nota* 2. Il provvido nostro Governo si è già da qualche anno occupato di un oggetto di tanta importanza. Un primo passo si fece coll'ordine circolare di Segreteria di Stato del 10. luglio 1841., col quale si diede facoltà ai presidenti dai tribunali di abilitare, dopo i costituti, gl'inquisiti, il cui delitto non superi la pena di tre anni di detenzione, eccettuati i rei di furto, di lesa maestà e di ratto, e sotto condizione di prestar cauzione e di esibire il consenso della parte lesa. Con altro ordine circolare poi del Ministero di grazia e giustizia in data 18 Marzo 1850. venne ampliata la detta facoltà estendendola a tutti i delitti, la cui pena non eccede i cinque anni di opera publica, eccettuati i titoli di furto, di falso, di lesa maestà e quelli compresi nel tit. I. del libro II. del penale Regolamento. Così il VI. canone da noi adottato su questa delicata materia è divenuto pel nostro Stato un principio legislativo con infinito vantaggio della giustizia, dell'umanità e della moralità domestica delle famiglie. Veggansi i riflessi esposti alla pagina precedente.

resistenza deve vincersi bensì, ma in modo che i littori siano tenuti dell' eccesso (1).

VIII. I rei appena catturati devono essere nel più breve tempo possibile consegnati alle publiche carceri, ed il custode deve rilasciarne ricevuta alla forza arrestante, e fare immediato rapporto del loro arrivo al Capo del Tribunale (2). Gli individui della forza pubblica trattenendo l' arrestato in qualunque altro luogo senza un' urgente necessità devono essere considerati come rei di carcere privato, e come tali puniti (3).

Tali sono le guarentigie giuridiche che debbono accompagnare la cattura del reo, e quelle che debbono limitarne l'uso. Ora vediamo i principj di umanità, dai quali non può andar disgiunto il carcere.

La sola tirannide o i principj originati nella mente degli uomini dall' infernale invenzione della tortura hanno potuto persuadere che il carcere dovesse essere un luogo tetro, disagiato, di poca luce, di funesta dimora pel reo. La definizione che ne dà l' Antonio Matteo (4) fa vedere che ai tempi di questo giureconsulto o non era inteso il vero scopo del carcere, o la tirannia de' poteri intermedj, che spesso tradiscono le benefiche mire del Principe, troppo ne abusava. Il voto poi inumano di coloro, che nelle pene del carcere bramerebbero di avere un supplemento all' abolita tortura per estorcere dalla bocca del reo la confessione del delitto, non ha bisogno di confutazione, mentre il grido universale dell'umanità sdegnata abbastanza lo condanna.

(1) Concorda pienamente l'art. 335. del citato Regolamento.

(2) Concordano gli art. 354. e 356. del citato Regolamento, il secondo de' quali prescrive lo spazio di 24. ore per la consegna degli arrestati alle publiche carceri.

(3) Il delitto di carcere privato è contemplato dall'art. 133. del Regolamento sui delitti e sulle pene: ma non vi è preveduto questo caso che pur meriterebbe una speciale menzione.

(4) Locus undique septus, clausus ad exitum, qui quoniam plerumque et incultus tenebris, et odore foedus est, terribili denique facie, idcirco non sine causa mala mansio appellatur. *Vol. V. pag. 89. Edit. Florent.*

Il carcere non è istituito per infliggere una pena, ma è un semplice mezzo politico di assicurazione per accertarsi di poterla applicare, quando vi sia luogo a decretarla (1). Ora tutte le istituzioni politiche vanno soggette al gran principio della economia. Come la pena dev'essere la minima fra le possibili efficaci a prevenire il delitto (lib. II. cap. II. §. I.), così il carcere deve essere meno incomodo che sia possibile, e sol quanto basti ad impedire la fuga del reo. Pur troppo (ci si permetta il ridirlo) la perdita della libertà nel cittadino carcerato è una pena che soffre anticipatamente, mentre ancora non è certa la sua reità. Ma poichè la *necessità* autorizza questo male, sia esso il minimo fra i possibili.

Da questo principio discendono le seguenti conseguenze. I. Dal carcere debbono essere rimosse tutte quelle cause che render lo potrebbero insalubre, come l'umidità, la scarsezza della luce, la mancanza di ventilazione ec. II. Il carcere come custodia dev'essere un luogo separato da quello, ove si rinchiudono i rei già condannati o per essere inviati ai lavori publici o ad altra pena, o per far loro espiare la detenzione. III. Ai detenuti poveri devono essere a spese del pubblico erario somministrati alimenti, vesti, medicinali, e tutt'altro che l'umanità può reclamare. IV. Dev'essere frenato ogni arbitrio dei custodi a danno dei detenuti. V. Non devono essere i rei caricati di catene se non nel caso che la ferocia di taluno carcerato lo richieda, ed in questo caso al Magistrato non al custode dev'essere riserbato l'ordinare l'uso di questa precauzione. VI. Non devono denegarsi al detenuto quelle cose che non si oppongono all'indole della custodia, come sarebbe l'uso de' libri o cose simili. VII. Finalmente le carceri devono essere spesso visitate dal giudice, ed i carcerati interrogati, rimossa la presenza de' custodi, ad iscoprire se nulla di contrario alla umanità venga a loro carico praticato (2).

(1) Le leggi romane proclamano il principio — *carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet. Leg. 8. ff. de poenis.*

(2) Possiamo gloriarci di non essere in questa parte inferiori a

§. IV.

Siam giunti nell' antecedente paragrafo a vedere il reo catturato e consegnato alle pubbliche carceri. Seguiamo ora l' ulteriore cammino del processo quesitorio.

Appena catturato il reo è d' uopo che nel più breve tempo possibile sia inteso in esame dal giudice. Lo esige l' interesse del reo, che non dev' essere mai da una buona legislazione trascurato, lo esige l' interesse della Società offesa. Il primo, perchè potrebbe trovarsi in situazione di dimostrare tosto con prove positive la propria innocenza, oppure di addurre un'eccezione perentoria, come sarebbe la prescrizione, la grazia del Principe, l' abolizione, ed in questo caso qualunque ritardo nell' esaminarlo produrrebbe lo sconcio di prolungare ingiustamente le di lui pene. Lo esige il secondo, perchè affrettando l' esame è più facile che il reo, qualora sia colpevole, non avendo avuto il tempo di meditare pretesti per eludere le mire della giustizia, confessi il misfatto e fornisca così alla società un fondamento per non errare nell' applicazione della pena (1).

Pervenuti a questo stadio della procedura quesitoria è d' uopo conoscere di quante specie sia l' esame del reo, su quali materie debba aggirarsi, e quali principj debbano regolarne l' andamento.

Dicemmo, che l' analisi deve muovere e guidare tutti i passi del procedimento quesitorio. Non può dunque il giudice

qualunque più colta nazione. La deputazione di carità, che in ogni luogo esiste, e che sorveglia sugli alimenti e tutt'altro che si somministra ai detenuti, le visite mensuali delle carceri, e le altre disposizioni contenute negli art. 661. al 672. inclusive del citato Regolamento sono un monumento del vivo interesse che prende il nostro Governo per conciliare l' umanità colla giustizia.

(1) Concorda l' art. 342. del citato Regolamento di procedura criminale, il quale prescrive il termine di 24. ore dal punto dell' arresto per udire in esame gl' inquisiti, e vuole che in caso di ritardo ne siano giustificati in processo i motivi con approvazione del Capo del tribunale.

inquirente al primo apparir del reo avanti di lui manifestargli incontanente il delitto che la società offesa presume essere stato da lui commesso. Da siffatto modo di agire sarebbe leso l'interesse del reo e quello della società. Il primo, perchè qualora l'accusato fosse innocente al vedersi oppresso da una inaspettata imputazione proferita da una persona autorevole qual'è il giudice, sentirebbe sorgere nel proprio animo un senso di perturbazione tale da portarlo o alla confessione del non commesso reato, (specialmente se l'improvvisa imputazione fosse accompagnata da un tuono di sicurezza e di severità equivalente ad una morale coazione) o ad una trepidante negativa che il farebbe apparir reo ad onta di sua innocenza. Al contrario la interrogazione analitica fa sì che l'innocente possa giustificarsi gradatamente su quelle circostanze che inviluppano *spiralmente* (1) il fatto, e così mostrare un'ingenuità di linguaggio, che può servir di gran lume al magistrato decidente. Si lederebbe poi l'interesse sociale quando il reo fosse colpevole, poichè con una sola immediata negativa egli si disimpaccerebbe da ogni tentativo dell'inquisizione speciale; laddove colla interrogazione analitica si viene a poco a poco a stringerlo colle domande (sempre però con lealtà e buona fede) in modo che sentendosi da tutte le parti circondato, e vedendosi rese sempre più inutili le sue negative, s'induce talvolta a confessare il misfatto, lo che accerta sempre più la società di non errare nell'applicazione della pena. Nè qui finiscono gli inconvenienti dell'improvviso rimprovero del reato. Imperciocchè dato anche il caso che il reo, appena udita la manifestazione della sociale pretesa, tratto dalla forza della verità confessasse la sua colpa, questa confessione avrebbe un valore assai minore del consueto nel criterio logico-legale del Magistrato, perchè questi non potrebbe univocamente estimarla come l'effetto di una coscienza convinta che non resiste alla forza delle prove contestate, ma avrebbe ragioni per presumerla originata da quell'intellettuale sbigottimento, che in ogni

(1) Espressione appropriatissima di Beccaria.

uomo si eccita all'annuncio improvviso di un pericolo che gli sovrasta (1).

Da questi principj legislativi discende la distinzione dell'esame del reo in *sommario*, ed *ordinario*, e di questo secondo in *piano*, ed *obbiettivo*.

L'esame sommario è quello che deve farsi al primo apparire del reo innanzi al giudice. Esso deve essere preceduto da una descrizione esattissima del personale del reo, de' suoi connotati, e de' suoi indumenti. È questa *indispensabile* dove il processo si termina senza che i giudici decidenti veggano la faccia del reo: ivi non potrebbe ommettersi senza vizio di nullità. È *utilissima* dove i giudici prima di emanar la sentenza veggono il reo, poichè nell'atto della proposizione della causa potrebbe aver cangiato gl'indumenti, e fors'anche l'aspetto (2).

L'esame stesso poi deve assumersi senza giuramento, (poichè non farebbesi che esporre l'inquisito allo spergiuro interrogandolo col detto vincolo sopra un oggetto che ha il massimo interesse a negare) (3) e deve incominciare dal chie-

(1) Queste riflessioni possono contrapporsi alle declamazioni che il Cav. Filangeri, autore altronde di mirabile ingegno, fa nel cap. VI. del lib. III. con una eloquenza suscettibile di sedurre i meno cauti lettori, tanto più che ha tratto partito da orribili abusi che una volta disonoravano le criminali procedure, e che ora sono cessati.

(2) Concorda l'art. 354 del Regolamento Gregoriano di procedura criminale.

(3) Anticamente deferivasi ai rei il giuramento prima d'interrogarli, uso illegale, perchè quantunque sia indubitato, che l'uomo ha il dovere a qualunque costo di non mai oltraggiare colla menzogna l'ETERNO VERO, pure la *legge politica* non deve esporre la fragile umanità al bivio o di perire o di violare la santità del giuramento. Dippoi fu introdotto di deferirlo colla *discretiva* in modo cioè che astringesse il reo quando veniva interrogato sopra una terza persona, e non lo astringesse quando veniva interrogato sopra se stesso, distinzione troppo sofistica, e che volendo rimediare ad un male ne produsse due: 1. perchè non può concepirsi interrogazione, che riguardi un terzo, in cui il reo non abbia interesse, mentre la di lui risposta o

dere al reo il suo nome, cognome, soprانome se lo ha, il nome del padre, la patria, l'età e il domicilio. Queste interrogazioni preliminari sono indispensabili per identificare la persona del reo (1). Di poi deve aggirarsi sui mezzi, onde il reo trae la sua sussistenza, sull'essere o no andato in precedenza soggetto ad inquisizione o condanna, e sul tempo, luogo, e causa dell'arresto (2). Se il reo si palesa sciente della causa dell'arresto, si lascia liberamente narrare tutto ciò che in proposito vuole esporre senza interromperlo, e tutto si scrive ne' medesimi termini in processo: anzi se si accinge a confessare il delitto, si ascolta del pari senza interromperlo, e la sua confessione si trascrive fedelmente in processo. In questo caso essa non sarebbe *suggerita*, e potrebbe perciò a seconda delle circostanze servire per criterio di verità. Se poi il reo si dichiara ignaro della causa dell'arresto, si passa a qualche più speciale interrogazione sul tenore di vita, sui bisogni, sulle spese, sui lucri, sulle circostanze d'amicizia e di parentela, e tutt'altro che l'indole della causa può suggerire, stando ben cauti di desumere la base delle interrogazioni dalle risultanze processuali e non altronde, e così si chiude l'esame sommario (3).

Compiuto questo, e prima di passare all'esame ordinario, il quale può definirsi: *una sagace catena d'interrogazioni analitiche rivolte al reo che vanno gradatamente a percuotere il delitto in specie*, e del quale parleremo dettagliata-

rovescia la colpa su di un altro, o palesa, o nasconde un socio del delitto: 2. perchè questo metodo ingeriva l'idea, che un'inquisito potesse essere creduto deponendo a carico di un altro cittadino, lo che ripugna alle giuste regole della critica, come vedremo a suo luogo. L'art. 355. del nostro Regolamento inibisce la delazione del giuramento ai rei sotto qualunque aspetto.

(1) Concorda l'art. 355. del citato Regolamento.

(2) Concorda l'art. 356 del citato Regolamento.

(3) Meritano su questo proposito particolare attenzione gli art. 357., e 358. del citato Regolamento, che si riferiscono all'esame sommario, mentre i successivi riguardano l'esame ordinario.

mente nel seguente paragrafo, si debbono esaminare segretamente e con giuramento i testimonj, allegare in processo ed ispezionare gli scritti, che fornir possono qualche traccia per giungere alla scoperta del vero autor del delitto, praticare accessi, esperimenti, perizie, e tutt' altre cose che condur possono al raggiungimento della verità, e che la scienza disgiunta dalla pratica non potrebbe pienamente suggerire (1).

Qui presentasi una questione che sarebbe colpa il trasandare. Dissentono i criminalisti nello stabilire da quale atto incominci l' inquisizione speciale. Vogliono alcuni, che essa incominci dalla cattura del reo, altri dal di lui esame sommario, e finalmente altri dall' esame ordinario. Il Boemero (2) ed il Renazzi (3) sono di quest' ultima opinione. Il Carmignani (4) osserva che si possono conciliare le discordanti opinioni distinguendo gli atti *preparatorj* della inquisizione speciale dagli atti, che ne costituiscono l' essenza. Sono atti preparatorj la citazione o *verbale*, o *reale*, e l' esame sommario del reo. L' atto poi costituente l' essenza della inquisizione speciale è l' esame ordinario. L' opinione del Carmignani in sostanza coincide con quella del Boemero e del Renazzi, che a noi sembra giustissima. Imperciocchè sia pur vero che per procedere all' inquisizione speciale sia necessario prima catturare il reo, ed interrogarlo sommariamente, cosicchè questi due atti siano preparatorj di quella; sarà pur sempre vero, che non si procede *specialmente* contro un inquisito, se non quando, raccolte già tutte le prove per presumere lui e non altri l' autor del delitto, si assoggettano le medesime alla contraddizione dello inquisito stesso, affinchè in questo conflitto, che è la pietra

(1) Io non devo trattenermi su questi dettagli. Usurperei il campo dei pratici, molto lodevolmente coltivato dalle opere di esteri e nazionali, fra le quali meritano menzione quella del toscano Paoletti portante il titolo *Istituzioni criminali* e appo noi la *Pratica criminale* dell' Avv. Martini.

(2) Elem. Jurisp. crim. Sect. 1. Cap. 5. §. 104.

(3) Elem. Jur. Crim. lib. III. Cap. VIII. §. IV. N. 1.

(4) Elem. Jur. Crim. §. 565.

di paragone della verità, apparisca s'egli è reo o innocente. Ciò appunto si fa coll'esame ordinario. Finchè si esamina sommariamente il reo, finchè si sentono i testimonj, e si esauriscono tutti gli altri mezzi di prova, il giudice inquirente non deve mai dimenticare che non è chiamato dalla legge a ricercare il colpevole in quel solo cittadino che sta in potere della giustizia, lo che sarebbe una prematura e mostruosa inquisizione speciale, ma bensì a rintracciarlo o in quello o in qualunque altro cittadino. Obbliando ciò egli mal conoscerebbe il proprio ministero, e tradirebbe le mire della giustizia (1).

§. V.

Dimostrato, che l'inquisizione speciale incomincia dall'esame ordinario del reo, premesso che quest'esame si assume quando sonosi già raccolte tutte le prove che persuadono di ricercare il colpevole nella persona dell'inquisito, vediamo ora dettagliatamente come si componga quest'esame ordinario.

Non sarebbe mai possibile di assicurarsi che l'inquisito è colpevole, se non gli si palesassero gradatamente tutte le prove che lo fanno presumer tale. Imperciocchè qualora queste o in tutto o in parte gli si occultassero, rimarrebbe sempre il ragionevol dubbio, che qualora gli fossero state palesate egli avrebbe potuto dar loro una spiegazione diversa da quella, che in apparenza sembra emergerne, o ancora confutarle. Viceversa palesandoglisi le prove e gl'indizj, e non giungendo egli nè a confutare le prime nè a dare una favorevole spiegazione ai secondi, qual maggior peso non acquistano gli uni, e le altre? La notificazione adunque delle prove e degli indizj all'inquisito è una parte integrante della quesitoria procedura (2).

(1) La storia del foro offre infiniti esempj, in cui dopo la carcerazione di più mesi di un individuo si è scoperto il colpevole in tutt'altra persona.

(2) Aggiungasi qui come altro argomento il principio fondamentale

Ma nel notificare al reo le prove e gl' indizj sovente avviene, che egli imprenda a negarli o a confutarli in modo anche non soddisfacente. Allora sorge la necessità di opporgli a modo di *obbiezione* le risultanze processuali di mano in mano che egli si schermisce dalla ricerca, e questo metodo totalmente conforme all' analisi giova moltissimo alla scoperta del vero, poichè se il reo è innocente vedrassi superiore nella confutazione delle prove, s'è colpevole, o malamente si schermirà dalle obbiezioni del giudice, o vinto dalla luce delle prove confesserà il delitto.

Ecco con ciò dimostrata l' indole dell'esame ordinario, e la sua divisione in *piano*, ed *obbiettivo*. Finchè il giudice inquirente pianamente palesa al reo per ordine le prove e gl'indizj contro lui emergenti dal processo, si ha l' esame piano. Quando il giudice stesso confuta le discolpe del reo opponendogli quanto in contrario apparisce dagli atti, si ha l' esame obbiettivo. Mentre però la parte piana e la obbiettiva sono di loro essenza differenti, non credasi che si possano separare in modo che un esame contenga tutta la parte piana, ed un altro tutta la obbiettiva. Le interrogazioni piane intersecano, dirò così, necessariamente le obbiezioni e viceversa, e vengono per tal modo a formare una catena analitica, soda, e ragionata, che conduce alla scoperta del vero (1).

del sistema notificatorio sviluppato nel *Capitolo preliminare* a questo libro §. III.

(1) Per l' intelligenza di chi non è versato nella pratica fingo un esempio. Trattisi di omicidio in rissa. Interrogo il reo se conosce la persona dell' ucciso, e con ciò gli faccio una interrogazione piana. Egli risponde negativamente. Gli contesto apparir dal processo, ch' egli più volte ebbe affari col medesimo, e perciò l' esorto a lasciar la menzogna: ecco la contestazione obbiettiva. Se il reo nondimeno persiste nella negativa, io non potrò interrogarlo se abbia mai avuto motivi di disgusto colla persona dell' ucciso, perchè questa domanda ripugnerebbe all' antecedente risposta. Gli dirò dunque apparir dippiù dal processo, che egli ebbe una tenzone coll' ucciso, e quindi gli chiederò se sia mai acceduto al luogo della contesa: ecco di nuovo l' interrogazione piana, e così va discorrendo.

Quest'esame poi, di cui parliamo, è una parte tanto importante della procedura quesitoria, che non possiamo ommettere l'enumerazione di alcune regole che debbono accompagnarlo.

I. Le interrogazioni debbono essere semplici, e chiare, e perciò deve in esse evitarsi accuratamente ogni frase equivoca. È rigorosamente proibita ogni interrogazione capziosa, o che contenga il suggesto (1). Il suggesto si ha ogni qual volta si suppone certo ciò ch'è incerto, ossia ciò su cui verte la interrogazione. Il suggesto può consistere o nelle *parole*, o in un *fatto*. Consiste nelle *parole* quando s'interroga della specie invece d'interrogare del genere, come sarebbe il chiedere al reo se ha vibrato il colpo, se ha esploso l'archibugio, oppure al testimonio se ha veduto nelle mani del reo l'arma micidiale. Consiste in un *fatto* quando all'interrogazione si congiunge o il dolore come nella tortura, o le minaccie, o la seduzione, o la promessa dell'impunità. Imperciocchè tutti questi insidiosi modi presuppongono nell'interrogante la certezza di quelle cose su cui interroga (2). Il suggesto come osserva il Carmignani contiene in sè la petizione di principio, la quale è contraria alla scoperta della verità: esso inoltre ripugna apertamente all'analisi: due motivi per dedurne quanto sia illegale ed avversa all'indole della procedura quesitoria ogni interrogazione suggestiva.

II. Sebbene l'esame ordinario sia, come vedemmo, il materiale della inquisizione speciale, pur tuttavia il giudice inquirente non deve dimenticare ch'egli è chiamato dalla giustizia alla ricerca del vero, e perciò se nell'assumerlo gli si presentasse qualche elemento, che desse indizio dell'innocenza dell'inquisito, non deve trascurarlo, e molto meno occultarlo, (chè in questo caso si renderebbe colpevole di grave

(1) Concorda l'articolo 347. del citato Regolamento.

(2) Carmignani Opera citata §. 597. e 598.

L'Art. 348. del nostro Regolamento contempla espressamente il suggesto di fatto, e lo proibisce.

prevaricazione) ma bensì annotarlo in processo, e coltivarne le traccie (1).

III. Rimanendo in potere della giustizia un istromento od altro oggetto qualunque che abbia relazione al delitto, e di cui consti che il reo abbia cognizione, deve essergli presentato, interrogandolo se lo riconosca (2).

IV. Quando il reo è inquisito per più delitti, le interrogazioni relative ad un titolo d'imputazione devono separarsi da quelle dell'altro, poichè è contrario alla chiarezza, che regnar deve nella procedura quesitoria, il frammischiare le une alle altre (3); ma si può nel medesimo esame passare alle interrogazioni relative al secondo titolo dopo aver pienamente esaurite quelle del primo e così di seguito. Imperciocchè lo scopo di questa massima è che non si generi nella mente dell'inquisito una confusione d'idee, la quale pregiudicherebbe a quella spontaneità, che deve accompagnare ogni di lui risposta. A questo fine è pur vietato l'esaminare il reo quando il suo fisico non si trova nello stato di normalità (4).

V. Dando il reo delle risposte inverosimili (come sa-

(1) Ciò è presso noi espressamente comandato dagli art. 340. e 362. del Regolamento di procedura criminale.

(2) L'art. 367. del Regolamento nel prescrivere questa cautela parla *di oggetti indicati dall'inquisito*, così che sembra che gli oggetti da lui non indicati non debbano essere sottoposti alla ricognizione. Nell'atto però del dibattimento il Capo del tribunale giusta l'art. 414. fa porre sott'occhio dell'accusato *tutti* gli oggetti relativi al delitto per iscoprire la verità sì a carico che a discarico del reo. Questa ricognizione deve farsi *ad oculum* e non *inter plures* per la ragione che indicherò a suo luogo.

(3) Concorda l'art. 352. del Regolamento.

(4) Concorda l'art. 345. del Regolamento. Sarebbe anche desiderabile che la legge stabilisse un discreto numero di ore, oltre il quale non si potesse protrarre l'esame, e che a tale effetto si notasse in principio del costituto l'ora in cui s'incomincia, ed in fine l'ora in cui si termina.

rebbe di non ricordarsi di una cosa di fatto proprio e di recente avvenuta) o non analoghe alla domanda, dev' essere placidamente avvertito, che tale suo contegno può somministrare un indizio a suo carico, e quindi persistendo si prosegue l' esame (1).

VI. Che se poi il reo si ostinasse a non rispondere ad una domanda, deve fargli si la medesima placida avvertenza, e quindi si prosegue l' esame (2). Non rispondendo egli a nessuna delle domande, premessa l' avvertenza stessa si passa alla finale contestazione, di cui parleremo nel susseguente paragrafo (3).

(1) Concorda l' art. 365. del Regolamento.

(2) Concorda l' art. 364. del Regolamento.

(3) Anticamente il reo che ostinavasi a tacere veniva posto sull' eculeo per costringerlo a rispondere. Abolita felicemente ogni specie di tortura, fu dai Criminalisti disputato, se il silenzio del reo dovesse aversi per una tacita confessione del delitto. Quelli che abbracciarono l' opinione affermativa invocarono in appoggio un passo di Asconio nella II. Verrina ove parlando del modo di procedere presso i Romani dice — *si tacuisset* (reus) *lis ei existimabatur ut victo* — ma non considerarono che bisogna sempre distinguere processo da processo. Il Filangeri con fino criterio ha dimostrato che l' *aestimatio litis* non significa la condanna alla pena, ma soltanto la condanna a pagare i danni cagionati dal delitto. *Lib.* 3. *Part. I. Cap. VI. Nota I.* L' opinione del Filangeri ha in proprio favore l' autorità di Sigonio *de jud. pop. rom.* Il G. C Paulo nella *leg.* 142. *ff. de reg. jur.* dice — *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare.* Può talvolta il silenzio esser suggerito non da una rea coscienza, ma da una causa occulta, che l' imputato non può palesare, come avvenne di Arbace nell' Artaserse di Metastasio, caso non impossibile a verificarsi nel foro. Noi dunque riteniamo, che il silenzio del reo non possa costituire che un indizio a suo carico da prendersi a calcolo dal giudice decidente unitamente agli altri.

Qui cade in acconcio di parlare della *pena forte e dura* ricevuta presso gl'Inglesi, come mezzo destinato ad obbligare il reo a rispondere in giudizio. Convien premettere esser massima della legislazione inglese, che nei delitti capitali ordinarj il reo debba o confessare il delitto, o

VII. Allegandosi dal reo in sospetto la persona del giudice inquirente sia nell'esame sommario, sia nell'esame ordinario, o durante gli atti intermedj, deve il giudice inquirente religiosamente ammettere in processo l'allegazione, e frattanto astenersi da ogni atto ulteriore, a riserva di quelli che esigessero l'istantanea esecuzione per evitare il deperimento

impugnarlo, e che non si possa procedere alla sentenza se egli si mantiene in silenzio, a meno che fosse muto abitualmente o per sopravvenuta malattia. Contro il reo adunque, che si ostina a tacere, si pronunzia la *pena forte e dura*, premesse però tre ammonizioni, e non si passa all'esecuzione se non dopo qualche ora di differimento, il quale gli si accorda per risolversi dopo che ha bene inteso leggersi la sentenza. Quindi si fa discendere il reo in un antro oscuro; lo si stende sulla terra nudo e supino, si aggrava di una massa di ferro, finchè ne può sopportare ed anche davantaggio: tre tozzi di pane sono tutto il nutrimento che gli si dà nel primo giorno, e tre bicchieri d'acqua stagnante nel secondo, e così alternativamente di giorno in giorno, finchè egli risponda o muore. *Blackston Commentario sul Codice criminale d' Inghilterra cap. XXV*. Dopo il quadro sì lugubre di una pena, che mai non avrebbe dovuto comparire fra gl'istituti di una Nazione tanto gelosa delle prerogative del cittadino, parrà a taluni impossibile, che si desse mai il caso della di lei applicazione. A togliere ogni sorpresa è d'uopo sapere, che nei delitti così detti di *alto e di piccolo tradimento e di fellonia* la pena di morte era sempre accompagnata dalla confisca de' beni. Il reo tacendo evitava nel 2. e 3. caso la confisca, perchè in queste due specie di delitti il silenzio del reo impedisce il proseguimento del giudizio. Quindi si sono veduti dei colpevoli forti ed imperterriti, che mossi da compassione pe' figli loro amarono meglio di sottoporsi ad una morte crudele, che veder esposta la loro prole a perpetua miseria e squallore. Il che ci porta ad una considerazione di grave momento, cioè che lo spirito di confisca è stato in tutti i tempi apportatore delle più luttuose conseguenze. In Roma fece nascere i suicidj (Lib. 1. pag. 251. e 252.) In Inghilterra fece sorgere una pena, che troppo disonora l'umanità, e che non sarà mai bastantemente esecrata. (Il Blackston nell'opera più volte citata cap. XXV. dice di siffatta pena *non è quasi più in uso*. Il Carmignani sulla testimonianza del Cottu assicura, che tuttora essa persevera. *Teoria delle leggi ecc. Vol. IV pag*. 218. *in nota*.)

dell' oggetto a cui si riferiscono (1). Essendo poi estranee al processo quesitorio le ricuse perentorie, le quali sono proprie soltanto dell' accusatorio sistema, la legge deve specificare le cause per cui si fa luogo all' allegazione in sospetto, e stabilire le norme di procedere in questo incidente per ammetterla o rigettarla (2).

VIII. Finalmente l' assunzione dell' esame ordinario deve essere accompagnata dalle seguenti cautele giuridiche 1.° Il giudice che vi presiede deve essere competente per ragione di materia e di territorio (3). 2.° Dev' essere il giudice stesso assistito da altro Officiale publico col titolo di Cancelliere o Notajo criminale incaricato di scrivere gli atti ed autenticarli colla propria firma dopo quella del giudice (4). Questo canone ha per iscopo di allontanare per quanto è possibile il pericolo di ogni frode a danno dell' inquisito, frode che può ragionevolmente temersi stante il segreto che ad ogni passo accompagna la procedura quesitoria. Anzi in Sardegna, come attesta il Renazzi Vol. III. pag. 113., per allontanare vieppiù questo pericolo fu ordinato che gli esami de' rei venissero sottoscritti anche dall' assistente pel Fisco, cautela però nella quale poca fiducia può avere l' inquisito. Fu chi propose di farvi assistere i difensori officiosi de' rei, precauzione più efficace, praticabile senza jattura della difesa sociale, quando essi siano in maggior numero, tutti di specchiata onestà ed astretti col giuramento a serbare il segreto (5). Ma in breve noi vedremo esservi contro l' arcano della ricerca d' uffizio altro temperamento efficace e valevole a guarentire la libertà civile de' cittadini. 3.° Deve l' esame essere letto per intiero e chiaramente al reo, e dev' essere a lui permesso di far ag-

(1) Concordano gli art. 368, e 104. del Regolamento.

(2) Ciò è presso noi antiveduto dagli art. 94. al 108. del cit. Reg.

(3) Renazzi Elem. jur. crim. lib. III. Cap. IX. §. II. N. 2.

(4) Concorda l' articolo 382. del Regolamento.

(5) Renazzi loco citato §. V. N. 3. Carmignani Teoria delle leggi ecc. Vol. IV. pag. 262. a 263., ove cita come proponente il Poggi.

giungere o dettare qualunque ulteriore dichiarazione, e di questa sua facoltà dev' essere avvertito; poichè senza quest' ultime due cautele la lettura sarebbe inutile (1). 4.° Deve l' inquisito essere invitato a firmare il proprio esame, o a contrassegnarlo col segno di croce, quando sia illetterato, in presenza di due testimonj; e lo si deve avvertire essere in sua facoltà di firmare anche ogni pagina di esso. Ricusandosi egli di sottoscriverlo, deve farsene menzione; e per tal modo l' atto conserva la sua efficacia, salve le cautele, che la legge deve prendere contro il segreto della procedura, delle quali a suo luogo (2).

§. VI.

Non solo il cittadino accusato o inquisito ha diritto che durante il suo esame si ascoltino tutte le ragioni che può addurre a propria discolpa, ma ha diritto ancora che in un atto separato siagli conceduto di esporre e di svolgere in tutta la loro estensione i suoi mezzi di difesa, prima che si proceda al giudizio. Per ben comprendere questa verità convien rimontare ai principj fondamentali delle leggi giudiziarie criminali.

Nel §. III. del capitolo preliminare a questo libro fu dimostrata la necessità di ragione di conservare la parità di condizione fra la parte attrice ed il reo. A rendere incolume questa parità non basta l' attribuire alla parte attrice l'obbligo di provare la delinquenza del reo, non basta lo imporle la legge di notificar le prove al reo stesso, ma sono dippiù necessarie altre due cose, cioè 1.° di dar facoltà a quest' ultimo di ad-

(1) Concordano pienamente gli articoli 380., e 381. del Regolamento.

(2) Nell' art. 382 del Regolamento resta espresso che *l' esame può essere firmato in ogni pagina dall' inquisito se lo richiede*; ma siccome la legge non prescrive di avvertirlo di questa sua facoltà, così ne deriva che il reo ignorandola non se ne prevale; e talvolta i costituti si veggono non firmati dagl' inquisiti neppure in fine.

durre tutte le possibili eccezioni contro le prove della parte attrice, e di permettergli che oltre la esposizione di tali eccezioni in via obbiettiva avanti il giudice inquirente, possa per atto separato proporre e fare assumere le prove che crede giovevoli o a respingere in via eccettiva l'azione criminale o a dimostrare la propria innocenza: 2.° di accordargli il diritto di esporre tutte le suddette prove, tutte le ragioni, tutti gli argomenti che crede confacenti alla sua tutela avanti i Giudici decidenti. In tutto ciò consiste il *diritto sacro imprescrittibile della difesa, che compete al cittadino accusato.*

Ora è pregio dell'opera il dimostrare la connessione che questo diritto ha coll'ordine publico e colla morale soddisfazione e tranquillità di tutti i cittadini.

Punire senza la certezza di punir giustamente non sarebbe un atterrire i malvagi, ma sarebbe un dar loro maggior ansa di commettere i delitti, perchè, come altrove dicemmo, a misura che aumenta il pericolo de' probi cittadini cresce la baldanza de' malvagi. L'uomo improbo col commettere il delitto si espone ad un rischio che è quello di subir la pena, ma questo è tanto più remoto per lui quanto più è diviso fra esso e gl'innocenti. D'altronde qual'è il miglior mezzo per iscoprire se vera o falsa sia una proposizione? È il sottoporla alla contraddizione di colui che ha interesse d'impugnarla. Nei criminali giudizj la proposizione della parte attrice è *tu sei reo.* Se su questa assertiva noi chiudiamo le orecchie alle eccezioni di chi n'è colpito, noi non saremo mai certi d'esserci apposti al vero. Ora siccome l'esser certi di punir giustamente prima di punire è un elemento componente la publica sicurezza, così è evidente che, senza rispettare il diritto di difesa de' rei, quella non si potrebbe raggiungere. Non basta.

Dicemmo ancora (pag. 476. e *nota 1.* ivi) che gli uomini hanno diritto di trovare nello stato sociale una sicurezza totale e non parziale, che è quanto dire d'esser sicuri fuor di giudizio e in giudizio. Poco gioverebbe infatti al cittadino il poter confidarsi che niuno impunemente gli toglierà la vita, le sostanze, l'ordine di famiglia, la fama, se non ha poi la sicu-

rezza d' esser inviolabile quando è tradotto in giudizio, la sicurezza cioè di non andar soggetto a pena se non qualora ed in quanto l' avrà meritata. Ora l' inviolabilità del cittadino in giudizio consiste principalmente nel diritto di fare le sue difese e di esporle a quelli che il devono giudicare. Dunque se il diritto di difesa, competente ad ogni cittadino quando è tradotto in un criminale giudizio, costituisce una parte sostanziale della sicurezza di tutti, sarà dimostrato sempre più che questo diritto è connesso coll' ordine publico, e che quindi egli è un' emanazione del diritto politico-naturale (1).

Ma perchè l' inquisito possa valersi di questo diritto non basta che nell' esame ordinario gli si palesino tutte le prove che si sono raccolte a di lui carico; ma è necessario ancora 1.° che il giudice inquirente gli manifesti chiaramente il titolo del delitto, con tutte le sue circostanze o attenuanti o gravanti, che la Società offesa pretende da lui commesso e colla enumerazione delle prove tutte che si sono raccolte a di lui carico; 2.° che le tavole del processo gli vengano comunicate in tutta la loro integrità. Il primo atto dicesi *contestazione della lite*, e sta in luogo del libello di accusa proprio del processo accusatorio: il secondo appellasi *publicazione del processo*. Occupiamoci brevemente dell' uno e dell' altro.

La contestazione della lite nel processo accusatorio si ha quando l' accusatore espone il suo atto di accusa contro il reo, e questi impugna il delitto. Che se il reo confessa il misfatto, non si ha in quel sistema veruna contestazione di lite, poichè la confessione del reo in quella specie di processo altro non essendo che la cessione delle proprie armi, ed esonerando l' accusatore dal peso della prova, ha la forza di far nascere la cosa giudicata prima, si può dire, che nasca la *lite*, la quale è una contesa di due persone in giudizio (2).

(1) V'è persino chi sostiene che il diritto di difesa competente agli accusati discende dal Diritto divino, e se ne adducono argomenti tratti dalle sacre pagine. Noi abbiamo adempiuto quanto era di nostro istituto colla suddetta dimostrazione.

(2) Veggasi il Nani nelle annotazioni ad Anton Matteo Vol. V.

Questi principj in se stessi giustissimi hanno fatto sorgere delle massime erronee rapporto alla contestazione della lite nel processo inquisitorio. Alcuni hanno creduto che in questa forma di procedere essa non avesse luogo, mancando a loro dire la parte affermante, e questa fu opinione del Claro. Altri tratti in inganno dalla non distinzione dei due metodi hanno opinato, che avesse luogo col reo negativo, e non col reo confesso, ed in questo errore cadde anche il Renazzi (1). La verità si è che la contestazione della lite o a meglio dire *del delitto* è sempre una parte essenzialissima del processo quesitorio sia che il reo neghi la sua reità, sia che la confessi. Nel primo caso è indispensabile, perchè come vorrà concepirsi che il cittadino inquisito possa rintracciare ed esporre i mezzi di difesa, che in linea tanto di fatto quanto di diritto potrebbero assisterlo, se non gli si palesa chiaramente di che la Società offesa lo pretende responsabile in faccia alla giustizia? Nel secondo caso lo è del pari, perchè siccome l'essenza del processo quesitorio è riposta nella imparziale ricerca del vero e nell'esitare a punire finchè non evvi la *legale* certezza di punir giustamente, ne deriva di conseguenza che questo metodo non solo non ammette quella mostruosa transazione, in forza di cui il reo rendendosi confesso si dà in braccio spontaneamente alla pena, ma dippiù non altro ravvisa nella confessione del delitto che una prova meritevole d'essere assoggettata allo scrutinio della critica giuridica come tutte le altre prove. Vero è che quando la trovi fornita di tutti que' requisiti, che le conciliano fede, la valuta finanche a segno di basarvi sopra la condanna; ma però sino al punto del giudizio prudentemente ne diffida come di tutte le altre prove, e come tutte le altre prove l'assoggetta alla contraddizione del reo (2). Finalmente

pag. 57. Nota 4. dell'edizione fiorentina, il quale però non ha distinto con accuratezza il diverso carattere dei due processi.

(1) Elem. jur. crim. Lib. III. cap. X. § XV. N. 1.

(2) La pratica stessa conferma questa verità. I più abili processanti usarono sempre, quando trattavasi di rei confessi, d'inserire nell'atto

qui non si arresta il criterio di questo metodo, ma quando ravvisi che la confessione è stata emessa o per errore, o per coazione, o per tedio della vita, o per altra simile causa che la renda inattendibile, la esclude dal numero delle prove, e s'inoltra al giudizio indipendentemente da essa. Dunque se nel metodo quesitorio non è permesso procedere ciecamente alla condanna del reo confesso, la contestazione del delitto non viene esclusa dalla confessione, e ne rimane l'*indispensabile necessità*; ed è quindi dovere del giudice inquirente di porre tutta la diligenza ed esattezza possibile in un atto di tanta importanza (1).

Ma quali saranno gli effetti di questa contestazione di lite? I Pratici osservando che *in judiciis quasi contrahitur* insegnarono che la contestazione della lite costituisce il quasi contratto tra il Fisco ed il reo, e che in conseguenza non può senza vizio di nullità condannarsi l'inquisito per un delitto non contestato o almeno nòn contestato con quella circostanza gravante su cui volesse basarsi la condanna. Il principio è giustissimo, ma invece di dedurne il fondamento da una secca massima forense introdotta pei giudizj civili, conviene rintracciarne la ragione nell'indole de' criminali processi. Dicemmo che il

della publicazione del processo la seguente formola — *gli ho prefisso il termine di tre giorni più o meno a dir contro la propria confessione, ed a esibire la sua difesa* Ciò dimostra quanto a torto si disprezzano i Pratici da alcuni cultori della nostra Scienza. Ma su questo argomento torneremo nel Cap. III. del trattato IV.

(1) Concorda il Carmignani Elem. Jur. Crim. §. 614., il quale però vorrebbe bandire dal processo quesitorio la parola *contestazione della lite*, e sostituirvi la *publicazione del processo*, e la *legittimazione*, atti sostanzialmente differenti. In quanto alla Gregoriana legislazione essa si manifesta conforme ai nostri principj negli art. 378., e 379. del Regolamento, e sebbene nel primo di essi si dica che all'inquisito pienamente confesso non si contesta se non se *l'incorso penale*, pure è facile il vedere che questa contestazione non può farsi senza premettere la contestazione del delitto e delle sue circostanze, non potendo nè dovendo il processante citar nudamente un articolo della legge.

cittadino chiamato dalla Società a rispondere di un delitto non perde la sua inviolabilità. Dicemmo che principale scudo di questa inviolabilità è la difesa. Ma su che deve prepararsi dal reo la difesa? Sul delitto contestato. E non sarebbe un eludere il sagrosanto diritto di difesa, se al reo si contestasse un delitto e venisse condannato per un altro? Non è egli vero che sarebbe condannato senza difesa? Non è egli vero che la sorte del reo sarebbe data tutta in balia all' arbitrio de' magistrati, i quali errando, perchè sono uomini, precipiterebbero il reo in un abisso, da cui non avrebbe potuto guardarsi? Non è egli vero che si farebbe agire la spada della giustizia in un modo, direi quasi, proditorio scagliandola nel fianco del reo senza dare a questo il mezzo legale di riparare il forse ingiusto colpo? Dunque il delitto contestato colle sue qualità deve essere la sola ed unica base del criminale giudizio. Ed avvertasi che questo principio nasce dal diritto politico naturale, nasce dall' indole della difesa, ed è perciò comune si all' accusatorio che al quesitorio processo (1).

(1) Nell' art. 372. del Regolamento di procedura criminale sembra a primo aspetto che sia sanzionata una diversa massima, perchè vi si dice che — *la erroneità della contestazione finale quanto al titolo o alle qualità del delitto non importa alcun pregiudizio o favore per l' accusato o per il fisco, dovendosi riguardare a tutti gli effetti il contenuto negli atti, e dovendosi attendere per le consegnenze il risultato della dichiarazione, che se ne forma nell' atto del giudizio.* Ma se vorrassi con maturità considerare quell' ultimo brano di legge *dovendosi attendere* ecc., si vedrà che la legge stessa concorda coi nostri principii. Imperocchè non bisogna credere, come taluni Magistrati inconsideratamente opinarono, che con quelle parole *risultato della dichiarazione nell' atto del giudizio*, la legge abbia voluto intendere il risultato della sentenza. Quando questa è pronunciata, qual difesa può più fare il reo sul titolo della contestazione? Dunque quell' espressione — *risultato della dichiarazione* è allusiva alla nuova contestazione fiscale, che potrebbe farsi all' atto del dibattimento quando il Tribunale si avvedesse che il giudice inquirente errò col fare nel processo scritto una contestazione non conforme al contenuto degli atti. Questa nostra interpretazione diventa un' evidenza se si prende sott' oc-

Passiamo ora all' atto di publicazione del processo.

La procedura quesitoria, che fino al punto della contestazione della lite si è ravvolta nella solitudine e nel mistero, conviene che una volta si spogli dell' arcano che l' ha ricoperta, e che si mostri in tutta la sua nudità al reo. Questi ebbe nel l' esame ordinario notizia delle prove contro lui raccolte: ebbe nella contestazione della lite la notifica del libello fiscale contenente l' enumerazione delle prove e la pretensione a di lui carico della Società offesa, che lo chiama a render conto del delitto commesso; ma ancora non conosce nella sua integrità gli atti, non sa se questi siano stati assunti nelle forme volute dalla legge, o sotto forme arbitrarie e vietate: in una parola questi atti per lui non esistono, stante il principio del *sistema notificatorio*, in forza di cui tutte le azioni e reazioni o fra la Società e i cittadini, o fra cittadini e cittadini non hanno alcun vigore se non in quanto sono notificate.

ch'o l' art. 429. dello stesso Regolamento, ove sta scritto —. *Se nella discussione della causa il titolo contestato del delitto cambia di aspetto, o la discoperta di qualche nuova circostanza diminuisce o aggrava il delitto, togliendo o aggiungendo qualche speciale qualità, il risultato della discussione è quello, che forma base al giudizio, e sul medesimo devono stabilirsi le requisitorie fiscali* ecc. Dunque non sono i giudici, che colla loro sentenza possano decampare dalla prima contestazione, e sostituire altro titolo all' insaputa del reo, il quale per tal modo rimarrebbe indifeso, ma è il Procuratore fiscale, che deve all' atto del dibattimento fare le sue nuove requisitorie a rettificazione, ampliazione, o restrizione della contestazione scritta. In tal caso non è lesa la giustizia, perchè l' imputato è ancora in tempo di difendersi. In conformità di questa nostra opinione sentenziò la Sacra Consulta nella Decisione *Frosinonese* 14 *aprile* 1840. *di stupro violento contro Raffaela Conti*, ove annullò il giudicato di prima istanza, perchè contestatosi alla Conti nel processo scritto il titolo di *lenocinio*, e non fattasi dal fiscale all' atto del confronto alcuna nuova requisitoria, si condannò l' accusata per titolo di *correità nello stupro violento.* Lo stesso principio era stato già seguito dal Tribunale di appello di Macerata con sentenza 20 Giugno 1835. nella *Maceratese di stupro ed infanticidio colposo contro Francesco Stronati.*

A questa indispensabile notificazione provvede la pubblicazione del processo.

La nostra legge proclama, che *l'oggetto della publicazione è di render note all' inquisito nella loro integrità le prove onde preparare le sue difese all' epoca del giudizio* (1).

Spiega con ciò chiaramente gli effetti ed il fine di quest' atto in un modo totalmente analogo ai principj da noi adottati.

Quanto alla formola con cui si eseguisce non può essere più semplice. Essa consiste in un decreto, con cui il giudice inquirente dichiara compiuto in tutte le sue parti il quesitorio processo ed esserne permessa la comunicazione a chiunque rappresenti l'inquisito o come suo particolar difensore, o come difensore destinato d'ufficio. Quest' atto tiene luogo a favore del reo di conclusione in causa, e produce l' effetto legale, che a di lui carico non si possano assumere altre prove (2), a meno che nel giudizio definitivo si venisse a pronunciare la semplice assoluzione *ab instantia* e si facesse luogo cosi all' ampliazlone della causa pel sopraggiungere di nuovi indizj, e per conseguenza a nuova contestazione, a nuova publicazione, ed alla iterazione di tutti i successivi atti fino al nuovo giudizio.

Finalmente alla publicazione del processo succede immediatamente, benchè in atto separato, l' interpellazione al reo, perchè nomini il suo difensore, e ricusandosi di nominarlo la legge stessa deve accorrere in suo soccorso e deputargli di ufficio un difensore. Imperciocchè, come abbiamo testè osservato, la difesa de' rei emana dal Diritto politico-naturale, è d'interesse della intiera Società, e perciò non è in facoltà di un privato cittadino il riuunciarvi (3).

(1) Sono parole dell' art. 385. del Regolamento.

(2) Bassani Teorico-praxis crim. lib. IV. cap 1. N. 174. al N. 178. Concorda l'art. 402 del Regolamento di procedura criminale.

(3) Concord. Dig. lib. 1. tit. 16. leg. 9. §. 5. Renazzi elem. jur. crim. lib. III. Cap. XVI. §. II. — Carmignani opera citata §. 619. e 620. — Concordano finalmente gli art. 317., e 690. del Regolamento.

§. VII.

Ora passiamo a ciò che appellasi *legittimazione degli atti.*

Ne' giudizi civili è ricevuta unanimamente la massima, che non possono udirsi testimonj nè assumersi altri mezzi di prova se non citate le parti, e presenti esse od i loro procuratori. La ragione di questa massima sta nell' ordine morale di ragione, perchè fino a tanto che tu esamini contro me un testimonio lungi dalla mia presenza, tu non puoi notificare a me se non se la *relazione* di quanto egli ha detto, ma non il *vero* detto di lui, ed io potrò sempre di buon dritto dubitare, ch' egli abbia parlato in modo diverso da quel che esprime la relazione*:* non avrò dunque obbligo di rispettar la tua prova, finchè tu non me la notifichi *originalmente* (Vedi pag. 485. a 487.), lo che si avrà quando io sarò presente alla *effezione* della medesima (1). Nel processo accusatorio, come vedemmo, i testimonj vengono intesi pubblicamente ed alla presenza del reo non meno che dell' accusatore. Nella procedura quesitoria si sentono i testimonj, si assumono gli altri mezzi di prova senza citare il reo, senza la di lui presenza, nella solitudine, nel mistero. Questa solitudine, questo mistero siano pur conformi alla fredda ricerca della Società, che imparzialmente va in traccia del delinquente; ma l' indole di questa ricerca non potrà far si, che il reo debba stare ciecamente a quanto la Società ha operato dietro le di lui spalle e a di lui carico. Egli allora soltanto sarà obbligato di starvi quando la legge gli fornirà un mezzo di assicurarsi che si è proceduto *senza frode*, e *fedelmente*. La contestazione della lite gli palesa l'intenzione della Società offesa: la publicazione del processo gli fa conoscere nella loro integrità gli atti compilati a suo carico, ma nè l' una, nè l' altra lo guarentisce che nella compilazione di questi atti non sia intervenuta qualche frode, o almeno qualche errore, ed egli non può nè deve riposar tran-

(1) Di qui deriva il diritto d' impugnativa delle testimonianze scritte, di cui sì notorio è l' uso ne' giudizj civili.

quillo sulla fede di persone da lui non delegate, in un oggetto che decide delle sue sostanze, della sua libertà personale, del suo onore, della sua vita. La legge adunque deve dargli una guarentigia contro il mistero, che ha accompagnato la compilazione degli atti quesitoriali.

Questa guarentigia non la presenta la difesa. Nella difesa potrà il reo eccepire sulla persona del testimonio, dicendo: *egli è indegno di fede perchè prezzolato, perchè nemico, perchè interessato a deporre ec.* Potrà eccepire ancora sul tenore della testimonianza dimostrandola inverosimile, contraddittoria, smentita fors' anche da altre prove, che ha potuto per avventura raccogliere, e che la legge gli concede di produrre in via difensiva. Ma come potrebbe il misero reo guarentirsi se il testimonio nell' esame fosse stato male inteso, o se la sua deposizione fosse stata o esagerata, o accresciuta, o mutilata, o variata a di lui danno?

È d' uopo adunque dare un' altra guarentigia giuridica al cittadino inquisito oltre la difesa, e questa guarentigia la offre la *legittimazione degli atti.*

Quando si conosce la necessità di legittimare gli atti, si viene ad ammettere, che essi sono illegittimi e che hanno bisogno di una legale sanatoria. Questa sanatoria chiamasi perciò *legittimazione.*

L' antica pratica riconosceva tre specie di legittimazione, quella *per declarationem*, quella *per lecturam*, e quella *per confrontationem.* La prima consisteva in una dichiarazione, che il reo, sentito il consiglio del proprio difensore, faceva in processo, e mediante la quale dichiarava di avere per bene e legittimamente assunti gli esami de' testimonj e tutti gli altri mezzi di prova raccolti in processo. Questa dichiarazione non pregiudicava il diritto di eccepire contro la persona contro il detto de' testimonj, poichè non riguardava che la legittimità, ossia la fedeltà della redazione in iscritto delle prove. Essa poteva considerarsi come l' espressione di una fiducia accordata dal reo ai funzionarj redattori della procedura. Non mancava dunque di una certa ragionevolezza. Ma si sarebbe

sempre potuto disputare se in una materia che colpisce per lo più diritti inalienabili, quali sono l'onore, la libertà, e la vita, potesse il reo col suo consenso sanzionare un errore forse intervenuto nell'assunzione degli atti, e che poteva decidere della sua rovina.

La legittimazione *per lecturam* aveva luogo quando il reo negava di legittimare il processo *per declarationem*. Non era essa altro che un'illusione. Per ottenerla si conduceva il reo avanti il giudice inquirente, gli si leggevano ad uno ad uno tutti gli esami assunti in processo, e alla fine di ciascun esame veniva il medesimo interrogato se nulla avesse ad eccepire contro quanto eragli stato letto. Si registravano è vero religiosamente le sue eccezioni. Ma che perciò? Come poteva il reo accorgersi da questa lettura, se per avventura il testimonio avesse detta una cosa, ed il processante ne avesse registrata un'altra? Questa specie di legittimazione adunque riducevasi ad un atto illusorio, inutile, ripugnante al buon senso, perchè quelle eccezioni che nell'atto della lettura deduceva il reo avrebbe potuto egualmente dedurle in difesa. Era finalmente un atto contrario alla umanità ed alla giustizia, perchè prolungava sommamente ed inutilmente la procedura.

La legittimazione *per confrontationem* era la vera e giusta sanatoria degli atti quesitoriali, suggerita dalla filosofia e dalla giustizia. Consisteva essa nel ripetere avanti il reo nella camera del giudice inquirente ad uno ad uno tutti i testimonj, e nell'udire e registrare le obbiezioni tutte che il reo stesso avesse potuto fare contro il detto de' medesimi. Così all'inquisito notificavansi le testimonianze *originalmente*, cioè la viva voce dei deponenti. Vero è bensì che nel fare questo confronto si leggeva l'esame già scritto del testimonio, e questi era invitato a confermarlo, lo che poneva il testimonio stesso nell'imbarazzo di esitare fra due giuramenti, e difficilmente verificavasi il caso che un testimonio avesse il coraggio di dire al giudice — *voi avete errato nello scrivere il mio esame, ed io non mi sono espresso in questo modo, ma bensì in quest'altro.* Ma sebbene la cosa nascondesse in sè un qual-

che inconveniente, era però un gran passo verso la perfezione de' criminali giudizj (1).

Del resto la legittimazione *per confrontationem* fatta in camera portando seco il difetto di prolungare immensamente la procedura, non veniva concessa ai rei se non nelle cause capitali. L'immortale PIO VII. poi con un nuovo tratto di prudenza legislativa fece sparire quel difetto coll'ordinare che il confronto si facesse avanti il pieno Tribunale giudicante, sempre però che si trattasse di cause capitali, e che il reo si ricusasse di legittimare il processo *per declarationem* (2).

Ma era riserbata alla S. M. di GREGORIO XVI. la gloria di estendere a tutte le criminali procedure quella guarentigia giuridica che il Pontefice PIO aveva accordato ai rei nelle cause capitali. Nè qui s'è egli arrestato, ma abolendo del tutto la legittimazione *per declarationem* volle che quella per confronto non dipendesse più dalla scelta dell'inquisito, ma fosse dalla legge in tutti i casi precettivamente ordinata. Colla quale disposizione venne ancora a sparire quell'antico disordine testè rimarcato che il reo potesse col suo consenso sanare un errore od una frode commessa a proprio danno, e divenire in alcuni casi volontario od involontario suicida.

Sarà dunque pregio dell'opera il trattenerci a spiegare come questa legittimazione per confronto venga attualmente presso noi eseguita. La qual cosa non interromperà per nulla il corso delle nostre idee, mentre anzi ci fornirà argomento per dimostrare come la procedura quesitoria possa sempre più accostarsi a quella perfezione, di cui sono suscettibili gli umani ordinamenti.

Dopo che il Difensore ha preso comunicazione del processo in Cancelleria, al quale effetto gli si concede lo spazio di cinque giorni, il Procurator fiscale forma la lista de' testi-

(1) Vegganai le formole diramate dall'Eminentissimo Cardinal Consalvi, ed annesse al Dispaccio 5. Novembre 1800, diretto a Monsignor Delegato Apostolico della Marca.

(2) Art. 100. del Motu-proprio 6. Luglio 1816.

monj *necessarj* ad intervenire nell' atto della proposizione della causa. La legge dichiara testimonj necessarj *quelli* che di veduta depongono di un delitto *specificatamente*: quelli che ne depongono di atto prossimo immediatamente precedente, o immediatamente susseguente il delitto: *quelli* che parlano di confessioni stragiudiziali esplicite: *quelli* da cui provengono oggetti, effetti, o monumenti essenzialmente diretti allo scoprimento della verità.

Formata la lista de' testimonj viene questa per mezzo della Cancelleria intimata al Difensore dell' accusato, il quale ha diritto di richiedere, che siano chiamati ad intervenire anche altri testimonj fra gli esaminati, ed in questo caso non ha a far altro che presentarne la lista al Capo del Tribunale per la sua sanzione.

Ha anche il diritto di domandare che siano chiamati testimonj nuovi e a difesa, ma in questo caso deve presentare le materie articolate sulle quali vuole che segua l' esame.

Facciamo qui una riflessione. Dalle cose superiormente dette apparisce, che al confronto personale non intervengono tutti i testimonj, ma soltanto quelli contenuti nella lista del Procuratore fiscale, ed in quella del Difensore. D' altra parte l' art. 110. del Regolamento prescrive, che il processo in iscritto combinato coi risultati ulteriori provenienti dal confronto personale de' testimonj debba formar la base del giudizio. È chiaro adunque che i giudici decidenti possono dar peso ad uno o più testimonj non intervenuti al confronto. Ove è, si dirà, la legittimazione dell' esame di questi? La legittimazione è *tacita* e consiste nella spontanea e tacita rinuncia che il reo per mezzo del suo difensore ha fatto al diritto che aveva di astringere ad intervenire al confronto anche gli altri testimonj. Se il reo avesse avuto il minimo sospetto o dubbio che l'esame di uno o più testimonj non fosse stato fedelmente assunto, può mai credersi che avrebbe trascurato di chiedere il loro intervento personale al confronto potendo farlo senza alcun ritardo della causa, senza alcun suo incomodo, senza alcuna sua spesa? Ciò è ben altra cosa che la legittimazione *per declara-*

tionem. Questa era per lo più suggerita dalla stanchezza della diuturnità del giudizio, dal timore di un ulteriore procrastinamento, dalla conosciuta inutilità della legittimazione suppletiva *per lecturam* (1). Viceversa la legittimazione tacita è il prodotto di una ferma persuasione in cui è il reo di non potere ricavare alcun profitto dall' intervento in causa di que' testimonj ch' egli si astiene dal far chiamare. Quando la legge attribuisce al reo il diritto di ottenere la ripetizione ed il confronto di tutti i testimonj esaminati in processo, essa gli accorda una grande guarentigia giuridica contro il pericolo di errore o di frode nella compilazione della procedura quesitoria. Nè deve pretermettersi che il giudice inquirente sapendo che ogni testimonio, il quale venga da lui esaminato, potrà essere ripetuto avanti il pieno Consesso de' giudici decidenti, ha un grande freno per astenersi da ogni frode e per porre tutta la diligenza possibile nel descrivere fedelmente le testimoniali attestazioni (2).

Proseguiamo ora a parlare del confronto.

I testimonj intimati sia ad istanza del Procuratore fiscale, sia ad istanza del Difensore dell' inquisito, intervengono nel giorno della proposizione della causa nella sala d' udienza avanti il pieno Tribunale adunato per emanare il giudizio ed alla presenza del reo che viene ivi introdotto libero e sciolto. Dopo le generali interrogazioni prestano il giuramento di dire la verità, e vengono licenziati per essere poi introdotti ad uno per volta nella camera del consiglio. Quivi si fanno loro le opportune interrogazioni, e al compiersi d' ogni singolo esame viene il reo interpellato ad addurre le eccezioni, che crede a

(1) Di ciò abbiamo un' irrefragabile autorità nel Renazzi, il quale così si esprime. » Ut plurimum Rei solent declarare se testes in informativa inquisitione inductos habere pro rite examinatis *ne novo illorum examine longior mora caussae disceptationi injiciatur. Elem. » jur. crim. lib. 3. cap. XVI. §. I. num.* 2.

(2) Vedremo in seguito come questo freno si potrebbe rendere anche più forte.

sua difesa confacienti, sia contro la persona sia contro il detto di ciascun testimonio. Dal che chiaramente si scorge che questo confronto non si fa come per l'addietro col vizioso metodo di leggere la testimonianza scritta e poi invitare il testimonio a dire se la confermi, ma bensì per mezzo d'interrogazioni analitiche, chiare, e scevre da ogni macchia di suggesto. L'inquisito ed il suo difensore hanno diritto di far fare ai testimonj qualunque interrogazione, che credono utile alla difesa, per organo del Capo del Tribunale.

A tutte queste salutari cautele la legge pone il suggello coll'ordinare che in caso di discrepanza fra il processo scritto ed il personale confronto, questo secondo debba formar la base del giudizio (1).

Se in tutto questo legale procedimento qualche cosa rimane a desiderarsi, ella è unicamente quella di render unico il giuramento ora duplice che prestano i testimonj. In oggi il testimonio costituito avanti il giudice inquirente giura, costituito avanti il pieno Tribunale giura di nuovo. Che ne deriva? Che se il testimonio avesse per avventura spergiurato avanti il giudice inquirente, e compunto quindi dal pentimento, che sempre segue il delitto, volesse innanzi il pieno Tribunale ritrattarsi, non può farlo senza vedersi tosto arrestato, processato, e condannato come spergiuro, per cui è quasi costretto suo malgrado a reiterare il delitto. Ne viene inoltre che se nel primo esame ha detta la verità, ma dal giudice inquirente è stato male inteso (cosa tanto facile ad avvenire specialmente nelle persone idiote) non può far fede dell'errore incorso nel suo esame scritto, poichè la legge accorda una preferenza di fiducia al Ministro del tribunale, e quindi per evitare lo sdegno

(1) Ciò viene espressamente stabilito dall'art. 429. del Regolamento di procedura, del quale abbiamo testè (pag. 588. in nota) riportate le parole, che a questo principio si riferiscono. In quanto alle esposte norme sul confronto de' testimonj possono vedersi gli articoli 391. 394. 395. 397. 408. 417. 418. e 420. da cui sono state desunte.

della giustizia umana, che lo minaccia di pena, è in certo qual modo spinto a provocare la Divina confermando con uno spergiuro quanto sta scritto. Se in quest' argomento non fossero interessate, come pur troppo lo sono, la giustizia, l'umanità, e la sana politica, alzerebbe abbastanza la sua voce la Religione, la quale in questo duplice giuramento vede posta a morale tortura la coscienza de' testimonj.

Ma il rimedio è facile, e noi possiamo sperarlo dalla Sapienza dell' Ottimo Sovrano che ci governa. Basta togliere il giuramento avanti l' inquirente Ministro, e lasciar sussistere quello avanti il Tribunale decidente. Nè per questo dev' essere permesso al testimonio di cangiare a capriccio la sua deposizione. Se all' atto del giudizio si scorgerà falso o subornato (lo che non può sfuggire alla sagacità del Giudice istruttore) incontrerà la meritata pena. Ma la legge allora non gli chiude la strada al ravvedimento, e a riparare un delitto commesso. Ha egli mentito innanzi al giudice inquirente? Una pena correzionale lo attende. Spergiura egli innanzi il Tribunale giudicante? L' infamia ed una pena d' alto criminale lo colpisce. Nel primo caso ha mentito, ma colla ritrattazione ha fatto svanire il danno che alla Società od al reo sarebbe derivato dalla sua menzogna. Nel secondo caso ha offeso collo spergiuro la Religione e la Giustizia: egli ha o tradito il voto della Società, che reclamava per la propria sicurezza un esempio, o ha mandato una vittima innocente al sacrificio (1).

§. VIII.

Legittimato il processo deve farsi luogo alla difesa prima di venire allo squittinio ed alla emanazione della sentenza. An-

(1) E' facile lo scorgere, che questa *unicità* di giuramento serve anche di maggior freno al giudice inquirente, perchè allora questi non ha lo scudo del primo giuramento, che quale ostacolo al testimonio di esprimer meglio la verità, serve poi di guarentigia all' inquirente stesso per non esser punito delle frodi per avventura commesse nell' assunzione o nella redazione degli atti.

che la difesa assume una diversa modalità secondo che al processo accusatorio o all' inquisitorio si riferisce. Se nel metodo accusatorio era, come vedemmo, tutta orale e spedita, perchè orale e speditissimo è tutto il processo, nel quesitorio il buon ordine richiede che sia scritta. In questo metodo i sentenzianti non sono meri giudici ma magistrati, decidono cioè del fatto e del diritto. Quest' ultimo può dar luogo a questioni sottili, il cui vero merito mal si concepirebbe nella celerità di un orale discorso. Altronde se i giudicanti hanno *sub oculis subjecta fidelibus* tutte le testimonianze, tutti gli esperimenti, tutti insomma i mezzi probatorj assunti contro il reo, quale disparità non nascerebbe a danno di questo se le di lui ragioni dovessero essere *demissa per aures* cioè meramente affidate alla sfuggevole impressione dell' orecchio che ascolta? Quindi è che molto saviamente la nostra legge ha stabilito nell'art. 396. del regolamento di criminal procedura, che sia lecito al difensore di distribuire ai giudici o in istampa o in iscritto prima della finale discussione della causa tutte quelle deduzioni sì di fatto che di diritto che crede confacienti all' assunto proprio del suo ministero.

Nel cap. IV. di questo trattato parleremo con tutta la debita estensione della difesa. Qui sarebbe stato fuor di luogo il dirne d' avvantaggio.

§. IX.

Eccoci finalmente all' ultimo atto del criminale processo, cioè alla sentenza. Vediamo adunque quali particolarità essa presenti nella procedura quesitoria.

I. In questa forma di procedere sarebbe un mostruoso assurdo l' immaginare, che giudici estratti a sorte o scelti fra le varie classi del popolo potessero emanare la sentenza. Si ha per base del giudizio una procedura scritta, che deve essere tessuta col rigor dell' analisi su traccie fissate tutte dalla legge per rimuovere qualunque abuso, qualunque arbitrio ripugnante alla filosofica indole d' una imparziale ricerca. È d'uopo

adunque conoscere se gli atti tutti di questa procedura sono *legali*, e questo giudizio non può formarlo che il Giureconsulto. Il diritto adunque di giudicare nel metodo inquisitorio non può attribuirsi che ad uomini periti nello studio delle leggi, in una parola ad un corpo fisso di Magistrati nella forense palestra versati, e splendenti per probità e dottrina.

II. Deve aversi per inviolabile principio che il giudice inquirente non può mai essere giudice decidente. Per quanto il primo, animato da quel sacro dovere che gl' inculca la legge, rimanga saldo nell' agire con imparzialità dal principio al fine della tela giudiziaria, gli sarebbe impossibile il non concepire al compiere di essa una prevenzione favorevole al risultato della propria ricerca per quell' istinto, dirò così, d'amor proprio, che ci fa amare tutto ciò che è parto del nostro ingegno. Dipiù, potendo il funzionario inquirente, come uomo, errare e cadere in qualche irregolarità e nullità, egli verrebbe ad essere, in certo qual modo, giudice di se medesimo. In questo caso o converrebbe supporre in lui la virtù quasi sovrumana di canonizzare con un atto publico un proprio errore, o attendersi che l'errore venisse coronato da una successiva ingiustizia. Dal che ne deriva essere dell'indole della procedura quesitoria il distinguere accuratamente il giudice inquirente dal giudice decidente, il primo chiamato dai pratici *giudice della questione*, il secondo *giudice del fatto* (1).

III. Essenziale particolarità di quest' atto finale del processo nella inquisizione è il criterio che deve regolarlo e dettarlo. Nel sistema accusatorio, come vedemmo, una semplice convinzione istintiva guida il giudice ad emanare la sentenza. La critica giuridica non è sperabile nel giudice popolare. Converrebbe ch' egli fosse giureconsulto, e non può concepirsi un popolo formato di tutti giureconsulti. Ma se il giudice popolare ha il terribile potere di condannare sull' appoggio della sua convinzione istintiva, il reo però non manca di guarentigie politiche contro la formidabile potestà di chi lo deve giu-

(1) Le nostre leggi hanno provveduto a questa distinzione.

dicare. Egli ha lo scudo delle ricuse perentorie, in forza delle quali viene a scegliersi i suoi giudici. Dove poi questi non siano estesissimi di numero, come presso i Romani, appo i quali giunsero fino a 75, egli ha od almeno deve avere la guarentigia efficacissima della unanimità de' suffragi (1). Queste due cautele politiche sono inconciliabili col processo quesitorio. Incompatibili sono le ricuse perentorie, poichè come concepire che si ricusino perentoriamente i Funzionarj publici nominati dal Sovrano per emanare i criminali giudizj, quelle persone cioè in cui la legge ripone tanta fiducia da confidar loro perpetuamente l'esercizio di uno de' più importanti attributi della Sovranità? Incompatibile è la coatta unanimità dei suffragj, giacchè come concepire che Magistrati giureconsulti, i quali giudicano del fatto e del diritto, i quali nell'azione criminosa ravvisano tante fasi quanti sono i gradi variabili degli umani affetti, che perciò possono trovarsi in una disparità di opinioni anche rapporto alla pena, come concepire io dico che questi Magistrati si possano costringere col ritiro, colla fame, e colla sete ad opinar tutti ad un modo?

La convinzione istintiva adunque nel processo quesitorio non avrebbe compensi. Essa trasmuterebbe il Magistrato in giudice popolare, il giureconsulto in mero uomo del volgo. Essa sarebbe fatale alla sicurezza individuale de' cittadini, perchè riporrebbe nelle mani de' Magistrati un potere arbitrario e dispotico sulle sostanze, sull'onore, sulle vite de' cittadini, ed abbandonerebbe questi alla eventuale balìa di giudizj dettati da un criterio, da cui non può rendersi ragione (2). Se la convinzione istintiva conta delle vittime negli annali del *Jury*, che certamente le conta e non in piccol numero, ne annovererebbe ben presto una moltitudine assai maggiore venendo adottata dai Magistrati.

(1) Io riepilogo queste idee altrove spiegate. Non mi si tacci d'inutile ripetizione. Essa è necessaria pel confronto, che vado ad istituire.

(2) La convinzione del giudice popolare non può ridursi a logico ragionamento. Se lo potesse non sarebbe più istintiva.

Un diverso criterio deve adunque far nascere la sentenza nel processo quesitorio, e questo criterio è quello della *prova legale*. Dicesi prova legale *quella che costituendo la certezza storica del delitto atta a vincere tutte le esitazioni dell'arte critica, viene stabilita dalla legge in modo che il giudice non ha a far altro che confrontarla colla fattispecie giudicabile, e riconoscendo in questa il concorso di essa emanare il giudizio della colpabilità dell'inquisito.* Prova legale sarà dunque il deposto di due testimonj ineccezionabili e contesti di luogo e di tempo, che videro il reo commettere il delitto. Prova legale potrà essere l'esistenza in giudizio di una scrittura riconosciuta dal reo per propria e costituente il delitto, contro la quale il reo stesso non saprà addurre alcuna eccezione d'errore, d'inganno, o di coazione. Prova legale sarà finalmente la confessione del reo accompagnata da tutti quei requisiti che accenneremo a suo luogo, e che attribuiscono ad essa una piena fede giuridica.

Ma questa prova legale si potrà sempre avere? Bene spesso gli uomini nel delinquere prendono tali precauzioni da sfuggire gli sguardi de' testimonj e confidati in questo evento si rendono negativi del delitto ad essi imputato. Allora la Società è costretta a rintracciare le prove del loro reato fra gl'indizj e gli argomenti. Ora questi indizj ed argomenti sono essi assoggettabili ad una fissa norma giuridica? Esaminiamo questa importante questione, cominciando dall'esporre a qual risultato sia giunto un codice poc'anzi vigente, che ha tentato di sottoporre a canoni legali la prova indiziaria.

Questo è il Codice Austriaco (1). In esso il Legislatore ha fatta una enumerazione dei principali indizj urgenti che verificar si possono nel delitto di omicidio e negli altri misfatti,

(1) Le disposizioni di questo Codice, che andiamo ad esporre, sono oggi derogate, dacchè la Corte di Vienna ha conceduto ai suoi sudditi il sistema del dibattimento. Ma il testo dell'antica legge serve egualmente al nostro scopo, ch'è quello di mostrare l'impossibilità di ridurre a canoni positivi di giudicatura la prova indiziaria.

ne ha prescelto uno, o più senza la cui prova non può parlarsi di condanna, ed in quanto ai rimanenti ha stabilito che due almeno debbano concorrere per potersi dichiarare colpevole l'accusato (1). E perchè meglio comprendasi lo spirito di questa legislazione avvertiamo, che nel delitto di omicidio essa richiede come indizj necessarj alla condanna *non solo la causa a delinquere per odio, gelosia, ira ecc. ma ancora la esternata volontà per parte dell'accusato di voler commettere il suddetto delitto.* Negli altri misfatti poi statuisce come indizio necessario alla condanna, *che il reo ne sia riputato capace o per essere stato altre volte inquisito per lo stesso titolo, o per non poter giustificare un onesto mezzo di sussistenza, o per aver vissuto in compagnia e famigliarità con delinquenti famigerati.* Chi fosse animato da soverchio zelo per la punizione dei delinquenti, e volesse colla scorta di questo spirito farsi censore dell'Austriaca legislazione potrebbe osservare esser provato dall'esperienza che molti commettono gli omicidj senz'averne prima esternata la volontà; e che talvolta, sebben di rado, si eseguiscono gli altri delitti da chi non manca d'onesti mezzi di sussistenza, nè fu mai altre volte inquisito per lo stesso titolo, nè tenne consuetudine con delinquenti famigerati. Per lo che sembra che questa legge per un veementissimo zelo d'impedire il sacrifizio degl'innocenti, (zelo però che mostra sempre nel Supremo Imperante uno squisito buon senso accoppiato all'amore dell'umanità e della giustizia) abbia aperto un varco all'impunità de' colpevoli (2). Checchè ne

(1) Veggasi il §. 412. del detto Codice.

(2) Il Conte Virgilio Barbacovi in una sua dissertazione intitolata *degli argomenti ed indizj nei giudizj criminali* ha fatto un'altra critica a questo testo della legislazione austriaca. Egli osserva, potersi in molti casi verificar l'innocenza col concorso degl'indizj voluti dal Codice imperiale, e mostra con ciò di temere che quella massima esponga a pericolo gl'innocenti. Molto leggiera però e non corrispondente alla dottrina dell'Autore è questa censura. Imperciocchè è agevole lo scorgere, che il Codice imperiale non ha detto già che nel concorso di que' tali indizj *si debba* condannare, ma soltanto ha stabilito, che senza

sia di queste considerazioni (a cui prima di avventurarsi converrebbe risolvere se più importi alla felicità sociale l'ottenere, seppur è possibile, la punizione d'ogni colpevole a spese anche del sacrificio di qualche innocente, o piuttosto la sicurezza degli innocenti a spese anche di qualche impunità), ad un'altra più importante osservazione sono rivolte le nostre indagini. A qual risultato è giunto il Codice Austriaco col portare *il criterio della legge* sulla prova indiziaria? Non ad altro che a stabilire dei canoni *negativi* sur una tal prova; a stabilire cioè i casi, in cui *non si può condannare* in forza della medesima; ma si è guardato bene dallo fissare *canoni positivi*, dal determinare cioè uno o più casi, in cui il giudice debba condannare per indizj. Vorrem noi credere, che questi limiti, entro cui il Legislatore Austriaco ha circoscritto le sue massime, fossero l'effetto di poca profondità di vedute? Sarebbe follia il crederlo. Essi furon l'effetto di una *necessità* che è nell'ordine delle umane cose, e della quale ci accingiamo a mostrar la ragione.

Quando vediamo una potente Nazione fertile di classici Scrittori in giurisprudenza astenersi dal redigere canoni positivi sulla prova indiziaria, questo solo deve farci presumere l'impossibilità di siffatta impresa, e non resta che rintracciarne la ragione. Questa ragione ci viene additata da quella celebre divisione, che fecero i retori delle prove separandole in artificiali, ed inartificiali, e ponendo nella prima classe gl'indizj. Difatti l'indizio può in certo modo assomigliarsi alla statua di Mennone, ch'era sempre muta e allora solo mandava voci articolate quando era riscaldata dal sole. La logica del giudice è il sole che trae le voci articolate dall'indizio. Pietro fu visto asperso di sangue: due testimonj me lo attestano, ma questi testimonj mi provano il nudo fatto dell'aspersione cruenta, e nulla più. Sono io che coll'artificio della mia logica vado

quegl'indizj *non si possa* procedere a condanna. In una parola non ha fissato un canone *positivo*, ma bensì un canone *negativo*, che non può mai produrre il sacrificio degl'innocenti.

per così dire a divinare, e chiedo a me stesso se quell'aspersione sanguigna può farmi credere in Pietro l'autore dell'omicidio. Non basta. Fingete che io non abbia altra prova che quella aspersione. Se non sono stolido non m'indurrò mai per quel solo indizio a creder Pietro omicida. Dipiù. Se io avendo cinque o sei indizj li considero ad uno ad uno isolatamente, trovo che niuno di essi mi persuade della reità di Pietro. Dunque ecco un altro artificio della mia logica: io devo combinarli insieme, vedere se fra essi non ripugnino, quindi formarne un tutto, che mi persuada dell'esistenza di un fatto occulto, di cui non ho potuto accertarmi nè co' sensi miei nè con quelli de' miei simili. Finalmente siccome questo avvicinamento, confronto, e composizione d'indizj per dedurne il fatto occulto è un prodotto della mia maniera di ragionare, e siccome la maniera di ragionare è diversa in tutti gli uomini a seconda della maggiore o minore perspicacia, coltura, studio, ed esperienza, così ne verrà che un dato numero d'indizj farà in me una forte impressione, in un altro la farà più debole, in un altro debolissima. Ora come riuscire in questa materia a far tacere il criterio del Magistrato, e a far parlare il criterio della legge? Bisognerebbe che la legge stessa potesse prevedere tutte le migliaja e migliaja di casi che possono avvenire nell'orbe terracqueo e su ciascuno di essi formare un canone; il quale però, se positivo, sarebbe sempre fallace. Difatti: che cosa sarebbe un canone positivo sulla prova indiziaria? Sarebbe un precetto ai Magistrati di condannare anche ad onta della loro più ferma persuasione dell'innocenza dello inquisito, persuasione la quale mentre è esclusa dal deposto di due testimonj di vista ineccezionabili sotto ogni rapporto e contesti di luogo di tempo e di circostanze, non che dalla confessione del reo munita di tutti quei requisiti, che accenneremo a suo luogo, non lo è mai dagli indizj astrattamente presi quantunque urgentissimi. Imperciocchè ogni indizio di sua natura non costituisce altro che una probabilità, e *cento probabilità* (così esclama un dottissimo Pari di Francia, che per prodigio scampò il patibolo nei furori del 1793.) *non*

costituiscono la certezza, come cento sofismi non costituiscono un buon razioeinio (1). Quando è che da un cumulo di indizj noi siam fatti persuasi della reità dell' inquisito? Allora soltanto quando egli, opportunamente e legalmente interrogato sur essi, non giunge a dare una favorevole spiegazione ai medesimi. Prima di questo tempo è impossibile che nasca in noi una ragionevole convinzione della reità dell' accusato. Fingete pure in un inquisito d'omicidio inimicizia, precedenti minacce ed insidie, sorpresa sul luogo del delitto col ferro insanguinato di misura congruente alla ferita, confusione, silenzio, pallore, immediata fuga (2). Ognuno sarà fortemente tentato di creder quell' uomo colpevole. Ma immaginate che quell' uomo stesso costituito in giudizio vi renda ragione del motivo innocente, per cui trovossi sul teatro del delitto, dell' istinto di compassione che l' indusse ad estrarre dal corpo del ferito ancor semivivo il ferro, dell' improvviso spavento che l'assalse al vedersi così sorpreso coll'apparenze della colpa e che il rese mutolo confuso e fuggitivo. Tosto alla precedente convinzione della reità sottentra il dubbio della di lui innocenza. Che se per avventura l' ucciso fosse stato spogliato di oggetti, che si sono dappoi ritrovati presso un terzo, con cui il reo non poteva avere relazione, se questo terzo fosse notorio autore di crassazioni e latrocinj, non esiterebbe più alcuno ad assolvere quell' indiziato come innocente. Posto adunque per vero, come vero è, che qualunque cumulo d'indizj non esclude mai la possibilità che l' accusato sia innocente, il formar canoni positivi sulla prova indiziaria sarebbe lo stesso che statuir per massima la condanna di un cittadino sia innocente, sia reo, sull' appoggio di mere apparenze.

Quanto poi ai canoni negativi, di cui la prova indiziaria è suscettibile, essi diminuiscono bensì il pericolo di questa prova, ma non lo tolgono totalmente; lo che dopo le premesse

(1) Il Marchese di Pastoret. *Des lois pènales Part I chap. X.*

(2) E' questo il prediletto esempio che adduce l' Anton Matteo difensore della prova per indizj.

cose ciascuno comprenderà senza bisogno di ulteriore spiegazione.

Conchiudiamo adunque che la prova indiziaria non può esser mai prova legale.

Che se è così, come non può dubitarsi, che farà la procedura quesitoria giunta al punto di emanare la sentenza, se a carico del reo non troverà che indizj? Esporrò prima ciò che praticarono i nostri maggiori: quindi in altro successivo Capitolo proporrò alcune mie idee su quanto potrebbe farsi, ove credasi non più applicabile agli odierni usi del Foro la pratica antica.

Considerando adunque i nostri antenati quanto fosse pericoloso, che da una prova totalmente artificiale, non assoggettabile a calcolo giuridico, e la cui forza varia a seconda del modo di ragionare degli uomini, dovesse dipendere la vita e la morte degli inquisiti, adottarono la concorde massima, che il reo gravato da varj ed urgenti indizj non potesse mai condannarsi alla morte, ma bensì dovesse assoggettarsi all'esperimento della tortura, nel quale riuscendo superiore veniva assoluto. Il Cielo ci guardi dal proferire un sol motto di approvazione in pro dell'infernale invenzione della tortura, contro la quale anche i Santi Padri della Chiesa declamarono (1). Noi facciam qui l'ufficio di Storici, e come tali basta al nostro scopo il rimarcare che l'espediente della tortura, a cui ricorsero i nostri maggiori nel caso che il reo fosse meramente gravato da indizii anche urgentissimi, fu loro suggerito dal criterio logico, il quale insegna a dubitare di un mezzo di prova, che esclude affatto il testimonio de' sensi e trae la sua essenza da un artificio dialettico.

Abolita poi la tortura furono costanti i bravi pratici nel sostenere che la prova indiziaria non poteva condurre all'applicazione della severissima fra tutte le pene, cioè della morte.

(1) Gli eloquenti tratti di S. Agostino contro la tortura (*de Civitate Dei lib.* 19. *cap.* 6.) equivalgono nella forza a tutte le declamazioni, benemerite però, del Beccaria.

Ed il Carmignani nella sua celebre *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, mentre loda a cielo questo principio come l'unico atto nel processo quesitorio ad allontanare i pericoli, che dalla prova indiziaria derivano all'umanità ed alla giustizia, si gloria di riferire, che il principio stesso divenne legge normale per la Toscana fin dal 1786. in forza del primo Codice *Leopoldino* (così appellato da Pietro Leopoldo Granduca, indi Imperator d'Austria) e fu religiosamente osservato fino all'epoca, in cui egli scriveva (1832.), senza che la sicurezza publica di quella bella parte d'Italia ne soffrisse alcun detrimento, anzi col dolce e commovente spettacolo di una diminuzione notabilissima dei delitti.

Da questa massima sorse il duplice modo di sentenziare in via condannatoria nell'inquisitorio processo. Quando contro il reo si aveva la prova legale desunta dal concorde deposto di testimonj ineccezionabili, o dalla di lui confessione legittima e circostanziata, e che d'altronde non concorreva nel fatto alcuna di quelle cause attenuanti di cui parlammo ne' §§. 2., e 3. del Cap. IV. part. I. lib. II., aveva luogo la sentenza di condanna alla piena pena decretata dalle leggi, e siffatta sentenza chiamavasi *ordinaria*, o *declaratoria*, o *legittima*. Quando viceversa contro il reo non si aveva che la prova indiziaria, ovvero nel suo delitto concorreva qualche circostanza attenuante, allora il reo si condannava ad una pena inferiore di uno o più gradi alla pena legittima, e la sentenza veniva chiamata *decretoria*, o *arbitraria*, o *straordinaria* (1).

(1) Carmign. Elem. jur. Crim. §. 631. Questa fu per lunghissimo tempo la costante pratica anche de' nostri tribunali. Quella innovazione, che si attribuisce al Chirografo del Pontefice Benedetto XIV. del 2. gennajo 1743., non fu come taluni credono una massima generale stabilita per ogni caso di reità arguibile da un complesso d'indizj, ma fu una speciale disposizione pei pochi casi, in cui si verifica quella certezza incriticabile, che il Carmignani appella *evidenza di fatto*. Ecco le parole del Chirografo Pontificio — *contra convictum indiciis indubitatis concludentibus per necesse taliter ut adimant ab animo Judicis omnem rationabilem haesitationem, quod res aliter se habere potuerit, deve-*

Non voglio però dissimulare, che uno de' più dotti Scrittori di cose criminali, l'Antonio Matteo, ha preso ad attaccare con molto calore la suddetta massima; ma, convien dirlo, poco felicemente, poichè i principali suoi argomenti si risolvono in un continuo abuso de' principj applicabili al solo processo accusatorio. Incomincia egli dall' addurre due esempj, i quali perchè creati dalla ferace umana fantasia sono per verità tali da produrre per l' argomento di analogia una grave violenza alla persuasione dell' uomo. Nel primo si suppone la sorpresa dell' accusato presso il cadavere del di lui nemico trafitto (già prima da lui minacciato e insidiato) col ferro insanguinato di misura congruente alla ferita, accompagnata dalla confusione dal silenzio e dalla fuga dell' accusato stesso: al che potrebbe contrapporsi quanto testè dicemmo, non che il caso dell' innocente Arbace nell' *Artaserse* di Metastasio. Nel secondo si figura il rinvenimento di due notorj amanti giacenti da qualche tempo nello stesso letto; su di che potrebbe ri-

niendum esse ad poenam ordinariam. Si notino bene le due condizioni, a cui è vincolata questa sanzione legislativa. 1. Che gl' indizj siano *indubitati*, ch' è quanto dire resi certi per mezzo della prova legale costituita o da due testimonj classici e contesti, o dalla confessione legittima del reo. 2. Che siano concludenti *per necesse*, e questo è appunto ciò che si ha nel solo caso della *evidenza di fatto*, perchè tutti gl' indizj avvegnachè urgentissimi che l' umana mente può immaginare non concludono mai *per necesse*, tranne quelli che accertano l' esistenza generica del delitto, perchè questi derivano dalle leggi fisiche che sono invariabili, come per es. *Tizio giace estinto trafitto da più colpi mortali: dunque fu ucciso: Caja in assenza del marito è divenuta madre: dunque fu su lei commesso adulterio.* (Falso sarebbe il dire: *dunque fu adultera*, finchè non è esclusa la possibilità d' una coazione fisica o morale). Qual sarà dunque *l' evidenza di fatto*? Eccone un esempio. *Tizio chiuso in una camera lotta con un aggressore armato che aggiunge su lui colpi a colpi. Ai clamori dell' aggredito accorrono i vicini e atterrano la porta. Tizio giace estinto. L' aggressore getta il ferro insanguinato e s' invola: il teatro del delitto è tale che non permetteva ad altri l' accesso.* In questi e simili casi il giudice può arguire *per necesse* la reità.

spondersi che si tratterebbe di un fatto legalmente provato, d'onde sorgerebbe la presunzione *juris* piuttostochè l'indizio del venereo delitto. Ma il fatto sta che mal si ragiona con esempj immaginarj e fittizj in una disputa, che solo nelle regole generali della logica e della politica può trovare una soddisfacente soluzione. 2.° Riporta i luoghi di Quintiliano e di Cicerone, ove si dimostra come l'oratore può trar profitto dagl' indizj, ma Quintiliano e Cicerone scrivevano in tempi in cui non conoscevasi se non se il processo accusatorio. 3.° Adduce la *leg. ult. Cod. de probationibus;* ma questa legge, che come osserva il Gotofredo è una mutilazione di altra legge del Codice Teodosiano, della quale Triboniano ne formò due, cioè la penultima *Cod. de calumniator.* e l'ultima *Cod. de probat.*, conserva ancora un'impronta della sua originalità, e assai chiaramente dimostra che era diretta a frenare l'audacia degli accusatori e non a fornire un criterio di verità ai giudici (1). 4.° Adduce la leg. 2. *Cod. quorum appell. non recip.*, la quale oltre essere, come tutte le altre successive da lui citate, riferibile al processo accusatorio, non prova, atteso il suo contesto congiuntivo, che sia consentaneo alla giustizia ed alla politica il condannare un cittadino sull'appoggio di meri indizj (2). 5.° Porta un argomento di analogia dedotto dalle presunzioni *juris et de jure*, dicendo che se per una sola di tali presunzioni il reo viene condannato alla pena ordinaria, molto più potrà esserlo per un cumulo d'indizj: argomento che potrebbe ritorcersi contro l'Anton Matteo dicendo: se la legge ha scelti alcuni fatti ed ha loro attribuita una necessaria conseguenza ne' giudizj, erigendoli così in presunzioni *juris et*

(1) Ecco le parole di questa legge — *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notitiam debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.*

(2) La legge così si esprime — *Observare curabis, ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum etc. argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium, scelusque confessus, audiatur appellans.*

de jure, è evidente che tutti gli altri fatti dalla legge non contemplati, e che rimangono perciò nel rango di meri indizj, non conducono ad alcuna indubitata e legale conseguenza. 6.° Finalmente propone il seguente dilemma: O il delitto è provato, o non lo è. S'è provato, non v'è ragione per cui non debbasi applicare la pena ordinaria: se non lo è, il reo dev'essere assoluto (1). Al qual dilemma si può rispondere con una distinzione. O voi parlate di prova legale, o di prova che deve la sua nascita all'artificio logico del giudice. Nel primo caso vi dico che cogl'indizj il delitto non è mai legalmente provato: nel secondo vi concedo che dagli indizj può ingenerarsi una piena convinzione istintiva; ma vi rispondo che un legislatore, il quale conosce il sommo pericolo di questa convinzione, un legislatore che vuol sottrarsi al rischio di avere sparso irreparabilmente il sangue dell'innocente, un legislatore che sa non esservi nella procedura quesitoria la necessità di un SI o di un NO assoluto, come ne' giudizj civili, come nel processo accusatorio, un legislatore finalmente che conosce, il terribile potere dell'intima convinzione non avere nel metodo ricercativo alcuna guarentigia a favore de' rei la quale lo moderi nelle sue formidabili conseguenze, un tal legislatore io dico opera assai prudentemente, se nel concorso della così detta prova indiziaria ordina che la pena di sangue sia minorata di un grado.

Per ultimo io non mi tratterrò a confutare l'argomento di coloro, i quali per difendere la prova indiziaria dicono che anche i testimonj possono esser fallaci (2). Questa maniera di ragionare può assomigliarsi a quella di chi per provare che viaggiando in mare non vi è pericolo, portasse per argomento che anche per terra può accadere la rottura del cocchio che ci trascina (3).

(1) Ad lib. XLVIII. Dig. tit. XV. Cap. VI. per totum.

(2) Così appunto ragiona il Renazzi Lib. III Cap. XIV. §. XVIII. Numero 2.

(3) L'opinione qui da noi adottata viene difesa dal Prof. Carmi-

Chiuderò questo capitolo coll' avvertire che nel metodo della ricerca d' officio anche la sentenza assolutoria è di due specie cioè altra *a crimine*, altra *ab istantia*. La prima ha luogo quando o manca assolutamente la prova specifica, (e molto più poi se mancasse la prova generica) o il reo giunge con prove positive a dimostrare la sua innocenza (1), o finalmente osta al procedimento una causa perentoria, che estingue il delitto (2). La seconda ha luogo quando non concorre nè la prova legale, nè un complesso d' indizj atto ad ingerire quel veementissimo sospetto di reità che dà luogo alla condanna straordinaria, (3) ma rimane però il reo gravato da qualche indizio (4). La prima costituisce la cosa giudicata, ed il reo non può più essere perseguitato per lo stesso delitto (5): la seconda opera la dimissione del reo, ma non impedisce che soppravvenendo nuovi indizj possa egli essere assoggettato a nuovo processo (6).

gnani con quella elevatezza d' ingegno che lo distingue nel tomo IV. dell' opera intitolata *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Essa fu anche abbracciata dal Nani nelle annotazioni all' Anton Matten *luogo citato nota I.*, quantunque in un antecedente suo opuscolo sugl' indizj avesse manifestato un diverso parere.

(1) Concordano gli art. 440., e 445. del citato Reg.

(2) Concorda l' art. 11. del citato Regolamento.

(3) Io parlo qui secondo i puri principii del sistema inquisitorio, che furono legge pel nostro Stato fino al 1. gennajo 1832. epoca dell' attivazione del Regolamento di procedura 5. novembre 1831. Vedremo poi nel seguente Capitolo, che questo Reg. abolì la vetustissima pratica di pronunciare contro il reo *urgentemente indiziato* la pena straordinaria.

(4) Concorda l' art. 446. del Regolamento.

(5) Concorda il citato art. 445.

(6) *Carmignani Elem. jur. crim.* §§. 629. e 630. L' antica pratica dimettendo in questo caso il reo usava la formola — *cum praecepto de se repraesentando novis, vel non novis supervenientibus indiciis*. Quella clausola *non novis* era una vera contraddizione. Il nuovo Regolamento l' ha tolta di mezzo coll' art. 446., giacchè per la rinnovazione della procedura richiede o il concorso di nuove prove od indizj, o che acquistino maggior forza i mezzi di prova precedenti.

Non comportando però i sani principj della politica, che un cittadino una volta inquisito e poi dimesso debba rimanere perpetuamente soggetto al timore di una nuova procedura, la legge deve stabilire un termine, dopo il quale non sia più permesso di suscitar dall'obblio l'antico processo (1).

(1) Il Regolamento di procedura criminale nell'art. 446. ha stabilito, che contro il reo dimesso colla clausola *non costare abbastanza* può riaprirsi la procedura sino al compiersi della prescrizione. Negli art. poi 674. 675. e 676. ha dichiarato che il reo dimesso in conseguenza di un giudicato per insufficienza d'indizj è soggetto al precetto di ripresentarsi alla Giustizia per un anno, lo che equivale al dire che trascorso questo periodo di tempo il reo non è più tenuto a ricomparire in giudizio pel medesimo titolo, per cui fu rilasciato. Non presumendosi mai nelle leggi un'antinomia, siamo di parere che gli art. 674., 675., e 676. siano riferibili a quella dimissione provvisoria che si accorda quando il Tribunale dopo aver adottato il temperamento prescritto dall'art. 447. di tener in carcere l'inquisito per altri sei mesi e di far intanto ampliare il processo, ha dovuto convincersi che le ulteriori risultanze acquistate non bastano per rinnovare la discussione sul merito all'udienza formale, e si decide di rimettere l'imputato sotto la sorveglianza della polizia. In questo caso è ben giusto che l'obbligo di ripresentarsi per render conto dello stesso titolo alla giustizia duri un solo anno, poichè la giustizia ha fatto già due esperimenti infruttuosamente contro l'inquisito.

CAPITOLO III.

Se il processo adottato dalla Gregoriana legislazione sia accusatorio, inquisitorio o misto.

SOMMARIO

§. 1. *Caratteri che lo mostrano non appartenere all' accusatorio ed essere totalmente d' indole quesitoria.*

§. 2. *Del criterio che accompagna la sentenza in questo processo.*

§. 3. *Si esamina una importante questione sulla cautela adottabile dalla legge nel caso che dia facoltà ai magistrati di condannare alla pena ordinaria in forza della convinzione artificiale derivante dalla prova indiziaria.*

§. I.

Per risolvere esattamente la questione posta in fronte a questo capitolo, bisogna prima dare una esatta idea del processo *misto*. » Il più pronunciato e segnalabil carattere dei processi » misti, dice l' esimio Professor Carmignani, consiste nel col- » locare tutta la forza del processo inquisitorio in chi accusa, » e tutta la forza dell' accusatorio in chi giudica: *combina-* » *zione funesta alla civil sicurezza.* » (1) Come in fatto si attui questo ibrido sincretismo dell' uno coll' altro processo è quello, che ora andiamo a spiegare.

Le Nazioni, cui piacque una tale eterogenea mistura statuirono, che giunta la notizia di un delitto al funzionario inquirente o direttamente o per mezzo della polizia, egli debba,

(1) Teoria delle leggi della sic. soc. Vol. IV. pag. 282. a 283.

premessa l'assunzione della prova generica, raccogliere in iscritto con brevi e sommarie forme tutte le deposizioni testimoniali ed altri mezzi influenti alla prova specifica del crimine inclusivamente all'esame del reo. Compiuta una tale redazione viene comunicata al Magistrato accusatore, perchè questi formi l'atto di accusa, e lo sottoponga alla cognizione di una sezione del Tribunale. Se l'accusa è ammessa, la formale discussione della causa è portata a pubblico dibattimento innanzi la Corte di giustizia, ove intervengono tutti i testimonii alla presenza del reo, la quale è di assoluto precetto della legge. Quivi, dopo espressa dal Magistrato accusatore la formale domanda che si proceda al giudizio, il Presidente della Corte interroga l'accusato ed i testimonii: il Magistrato accusatore in tutto il corso del dibattimento fa le requisitorie che crede opportune ad ottenere che nulla per parte dei testimonii si occulti di quanto può influire a dimostrazione della reità dell'accusato. Il difensore con forze assai disuguali assiste anch'egli al dibattimento, e provoca quelle domande ai testimonii, il cui risultato spera sia per esser favorevole alla difesa. Ultimato il dibattimento ha luogo l'orazione del Magistrato accusatore, nella quale questi, esposti in tutta la loro forza e non senza i prestigi dell'eloquenza le prove e gl'indizii, che gravano il reo, ne chiede la condanna e cita l'articolo della legge, giusta il quale intende che sia pronunciata la pena. Succede in fine l'orazione difensiva, nella quale l'avvocato del reo pone ogni studio per debilitare le prove e gli indizii portati in appoggio dell'accusa, e per ottenere l'assoluzione del suo patrocinato. Ultimato così il dibattimento i Giudici si ritirano per deliberare, e formano la sentenza o a pura maggioranza di voti o con una maggioranza di due terzi, ma con una convinzione non frenata da alcun canone di logica giuridica, e perciò puramente istintiva, in modo che non sono obligati a rendere ragione nel giudicato dei motivi, che gl'indussero a condannare od assolvere (1).

(1) Così appunto disponeva l'articolo 300. lib. II. del codice di procedura del già Regno Italico, altra traduzione del codice francese.

Ecco appunto ciò che deplorava colle surriferite parole il Grande Criminalista toscano. *Tutta la forza del processo inquisitorio in chi accusa*, poichè chi può misurare la forza, a cui può giungere il Magistrato accusatore investito dal Sovrano di formidabile Autorità e di tutto lo splendore della toga, fino a renderlo il censore dell'ordine interno del Tribunale, cui è addetto? Chi può misurare, ripeto, fin dove egli può giungere, armato com'è del potere di dirigere l'informazione scritta e di far sorgere nella rapida concitazione d'un processo orale una tela analitica di prove, che inviluppa da ogni parte il reo, senza che questi abbia quel tempo, ch'è necessario per sottoporre al crociuolo della logica le prove stesse? *Tutta la forza dell'accusatorio in chi giudica*, perchè quando i Magistrati sono liberati da ogni responsabilità di render ragione nelle sentenze de' motivi, che gl' indussero a condannare o ad assolvere, non è egli vero, che allora la legge li converte in giudici popolari arbitri di disporre della vita dell'accusato sul solo appoggio dell' *ita sentio*? Eppure questo è il processo misto, di cui avemmo l'esempio durante il già Regno Italico; questo è il processo misto, di cui vi è tutt'ora l'esempio presso qualche Nazione europea (1).

Ora premesse tali nozioni, vediamo a quale dei tre metodi appartiene il nostro attuale processo Gregoriano. Il quesito sarà sciolto investigando il processo medesimo nella sua iniziativa, nel proseguimento, e nel fine, che sono i tre stadii, nei quali si divide qualunque sistema di criminale procedura.

Vedemmo già che il processo accusatorio non può ricevere il suo moto se non che da un privato accusatore. La legisla-

(1) Il Carmignani attribuisce l'origine de' processi misti ai *governi misti*, e chiama questi ultimi — *opere incensurabili della natura quando sono il frutto delle antiche vicende di un popolo, lavori contradittorii ed aerei quando si presentano come parto di filosofici divisamenti d'uomini, i quali si lusingano di combinare nello Stato le forze colla facilità, con cui combinarono nella lor testa le idee.* Teoria delle leggi ecc. Vol. IV. pag. 282.

zione Gregoriana dichiara nell' art. 2. — *Ogni delitto dà luogo ad un' azione penale, l' esercizio della quale appartiene per dovere di officio ai funzionarj destinati a tale effetto dall'autorità sovrana.* — Nel processo accusatorio la legge ravvisa nella parte lesa dal delitto un cittadino, che riunendo all'amore del publico bene l' interesse privato, sarà un accusatore più degli altri zelante ed efficace per perseguitare il delitto e porre in chiara luce la reità del delinquente. Essa perciò in concorso di ogni altro accusatore gli accorda la preferenza nel diritto di accusare. *Leg. 2. §. 8. ff. ad leg. Jul. de adulteriis : leg. 3. in princ. ff. de sepulcro violato.* La Gregoriana legislazione rimove dall' accusa perfino la parte offesa, dichiarando nell' articolo 5.° » *La parte offesa non può fare istanza per la pena se non in quanto da questa dipende il suo interesse civile.* — Nel processo accusatorio l' abbandono dell' accusa per parte dell' accusatore in forza di transazione col reo massime nei delitti capitali liberava il reo stesso da ogni conseguenza del giudizio. *Leg. 1. ff. de bonis eorum, qui ante sententiam etc.* La legislazione Gregoriana abolisce questa massima, che sarebbe perniciosissima nel sistema quesitorio, dichiarando nello art. 10. che » *la rinunzia all' azione civile non può impedire nè sospendere l' esercizio dell' azione penale* ». — Il processo accusatorio abborrisce e rigetta qualunque denuncia segreta. La legislazione Gregoriana l' ammette coll' art. 140, ma cauta però nel reprimere la calunnia prescrive nell' art. 530. che, qualora la denunzia si riconoscesse calunniosa, la persona del denunziante sarà manifestata per procedersi contro di lui a termini di legge. — Il processo accusatorio, come vedemmo, non ammette se non che accuse specifiche cioè indicanti il presunto autore del delitto. La legislazione Gregoriana ammette che tanto la denunzia quanto la querela possa essere generica, cioè contro incerti. *Art. 141. e 151.* — Finalmente il processo accusatorio esige che colui il quale dà moto al processo formi il libello di accusa, e con esso si obblighi di proseguire il giudizio fino al suo termine e di sottostare alla pena invocata contro il reo, qualora rimanga soccombente. La legislazione

Gregoriana non impone al querelante o denunziante alcuno di questi obblighi, anzi permette al primo di abbandonare il giudizio per l'interesse che lo riguarda. *Art. 10. e 166.*

Puerile sarebbe l'obbiezione che si traesse dagli art. 9. 158. 159. e seguenti, ove la legge permette alla parte lesa di costituirsi parte civile nel criminale procedimento che si istruisce d'officio contro l'autore del delitto. Il querelante erettosi in parte civile ha bensì diritto di proporre al giudice inquirente delle prove e degli schiarimenti giusta l'art. 162., ma non ha quello di assistere all'esame de' testimonj, nè alla compilazione di qualunque atto processuale: anzi, siccome la procedura è essenzialmente segreta, egli non può conoscerne il risultato se non quando l'inquisizione è compiuta e allorquando manca la sola publicazione del processo, ad oggetto *di somministrare tutto ciò che tende a sostenere la sua azione per la riparazione dell'ingiuria*, e *per la reintegrazione dei danni* e *delle spese ed interessi*; (art. 163.) come sarebbe il provare che l'ammontare del danno recato dal delitto fu maggiore, che le conseguenze del medesimo hanno obbligato il querelante a sostenere una spesa e cose simili. Ora se in tutto questo siavi la minima traccia di processo accusatorio, ognuno lo può giudicare.

Il processo Gregoriano non diventa accusatorio neppure in quei pochi casi in cui la legge richiede l'istanza della persona lesa perchè si possa procedere. Fin dal primo libro pagina 299. dimostrammo, esservi appo noi tre categorie di delitti, nei quali il Funzionario inquirente non può procedere senza la querela della parte lesa. Ma in questi casi va forse soggetto il processo a qualche variazione? Per nulla affatto. L'articolo 6.° del regolamento di procedura prescrive che *nei delitti, nei quali la legge richiede l'istanza della parte per agire in giudizio criminale, la publica autorità non può procedere senza di questa istanza*, *ma* (notinsi queste espressioni) *dopo la medesima, è in obligo d'intraprendere la inquisizione, quando l'istante ne somministri indizj o prove sufficienti.* Dunque anche in questi casi la procedura è quesi-

toria, ed il giudice inquirente non fa che attendere la querela della parte lesa per esercitare il suo ministero nei modi ordinarj e consueti (1).

Esaminato così il processo nel suo atto iniziativo vediamolo nel suo proseguimento.

L'esistenza presso noi di un Procuratore fiscale autorizzato dall'art. 134. ad aggiungere tutte le notizie ed i schiarimenti opportuni ed a fare le istanze conducenti allo scoprimento della verità potrebbe a prima vista far credere che questo sia un Magistrato accusatore, senza il cui intervento non abbia moto la procedura, e che in conseguenza sotto questo aspetto il nostro metodo di procedere assuma in qualche modo il carattere di accusatorio, od almeno di processo misto. Ci sarà però facile il dimostrare 1.° che questo funzionario, prudentemente istituito dalla legge, non è che un sorvegliante al retto andamento delle procedure, o che il di lui intervento nel processo informativo non diventa, secondo la legge, veramente necessario se non al punto in cui deve essere il processo stesso sottoposto alla di lui coscienziosa revisione: 2.° che l'iniziativa, la prosecuzione e la conclusione della procedura scritta sono totalmente affidate ai giudici inquirenti, quali sono i Processanti nei capoluoghi della provincia, ed i Governatori nei distretti. E vaglia il vero. Gli art. 53. e 54. affidano espli-

(1) V'hanno de' Scrittori di sommo ingegno, (Carmignani Teoria delle leggi della sicurezza sociale tom. IV., Romagnosi Genesi del diritto penale §. 1141.) i quali opinano che in quanto ai delitti leggeri ne' quali si fa quasi sentire solo il danno privato, e minimo è l'allarme publico, sia molto opportuno di rimetterne la persecuzione all'arbitrio del privato leso; nel qual caso la procedura verrebbe ad essere in qualche parte accusatoria. I vantaggi di questo provvedimento sarebbero 1. l'alleviare le funzioni de' giudici inquirenti, che meglio potrebbero attendere al disbrigo delle procedure importanti: 2. il facilitare quelle transazioni tra privato e privato, che tanto giovano a mantenere la concordia fra i cittadini. Ma la legislazione Gregoriana non ha adottato questo temperamento, e perciò la procedura è anche ne' piccoli delitti quesitoria.

citamento la compilazione della procedura ai detti funzionarj, e non ingiungono loro alcun obbligo di attendere le requisitorie del Procuratore fiscale per agire. L'art. 112. prescrive che alla compilazione dei processi devono intervenire un Processante, che può essere nei distretti il Governatore, ed un Attuario che può essere il Cancelliere od il Sostituto, ma non si nomina la persona del Procuratore fiscale. L'art. 132. dichiara che *l'inquisizione fiscale è l'informazione che i Ministri incaricati* (cioè quelli nominati negli art. 53. e 54.) *assumono sul delitto*, *di cui si viene in cognizione*, *per indagarne le circostanze*, *scoprirne l'autore*, *ed ordire la tela giudiziaria sino alla emanazione della sentenza*. In questo articolo la parola *inquisizione fiscale* equivale ad *inquisizione d'officio*, cioè ricerca demandata dalla legge al giudice inquirente. Gli articoli 169. 181. 187. 189. 212. e 221. prescrivendo atti utilissimi per giungere alla scoperta della verità ne affidano esclusivamente l'operazione ai giudici inquirenti. L'articolo 252. delega l'esame de' testimonj al solo giudice inquirente assistito dall'attuario: dunque il Procuratore fiscale non è un Magistrato accusatore, altrimenti gl'incomberebbe di proporre gli articoli posizionali per l'esame de' testimonj. Che più? Quando trattasi di fare esaminare qualche testimonio lontano in sussidio di giustizia, neppure in questo caso è necessaria la requisitoria del Procuratore fiscale, ma questa si forma dal *Direttore del Processo* (giudice inquirente) giusta l'art. 255. Non basta.

Uno dei caratteri della procedura quesitoria è il segreto. Questo viene espressamente comandato dall'art. 248., affinchè dai giudici inquirenti si osservi religiosamente nell'esame dei testimonj. Ma notate di più: è escluso nominativamente in virtù di quell'articolo l'intervento di qualunque persona per parte del Fisco. Tanto è lontano che il Procuratore fiscale sia un Magistrato accusatore, il quale avrebbe diritto d'intervenire all'esame de' testimonj. Ma ciò che termina di persuadere, che il nominato Funzionario non ha in guisa alcuna la veste di accusatore publico, è l'art. 134. Ivi si dichiara che il Pro-

curatore fiscale è incaricato di fare le istanze conducenti allo scoprimento della verità sì a carico che *a giustificazione dello accusato*. La vera indole adunque del di lui officio non è se non quella di un imparziale Rappresentante della giustizia, il quale deve agire ove il caso lo richieda anche a beneficio dell' inquisito.

Ed ecco come si concilia col pretto metodo inquisitorio la esistenza di un *Procuratore del Governo* (tale è il titolo, che veramente gli competerebbe) funzionario di grande importanza per la giustizia pubblica, specialmente se ne venissero ampliati i poteri. Sia egli, come appunto la Gregoriana legislazione il dichiara, un imparziale difensore della verità: abbia, come infatti ha, un pieno ed illimitato diritto di esporre il suo voto consultivo anche per l' assoluzione dell' accusato, se a ciò lo induce la sua coscienza. Ma abbia anche un' altra facoltà assai preziosa pel bene pubblico, quella di richiamare al dovere que' Processanti, che dimostrassero soverchia lentezza nella compilazione dei processi, o in altro modo tradissero il loro delicato ministero. Ampliate così le attribuzioni del *Procuratore del Governo*, ed investitolo della dignità propria a conciliarsi la riverenza dei Ministri inquirenti, il processo quesitorio conserva limpida la sua natura, e la criminale giustizia ha un Palladio, sotto i cui auspicj più pronta e regolare ne diventa l' azione. — Ma torniamo da questa necessaria digressione al nostro argomento.

Altro carattere della procedura quesitoria è che si proceda con metodo analitico nell' esame de' testimonj e del reo. Questo metodo è espressamente comandato in quanto ai testimonj dagli art. 275. 276. 280. e 284., poichè quando la legge impone al giudice inquirente di astenersi da qualunque interrogazione che non provenga dallo stato degli atti; di guardarsi da qualunque colloquio stragiudiziale col testimonio sui meriti della causa prima dell' esame; d' incominciare l' interrogatorio col chiedere al testimone se conosce la causa della sua chiamata in giudizio per far sì che in caso affermativo senza l' impulso delle domande racconti tutto ciò di cui è informato;

di regolare finalmente le interrogazioni in modo che precedano le generiche e poi gradatamente seguano le specifiche; che cosa racchiude tutto ciò se non un espresso comando di non mai deviare dal rigore dell'analisi nell'assunzione degli atti testimoniali? In quanto poi ai costituti degli inquisiti, un semplice sguardo che diasi agli art. 357. 358. e 359. basta per persuadersi essere precisa intenzione del Legislatore, che anche nella costruzione di essi si osservi il metodo analitico, metodo senza del quale si cade necessariamente nel suggesto.

Finalmente non deve passarsi sotto silenzio che la contestazione del reato al finire del processo scritto, l'obbligo di farla anche al reo confesso (art. 378. combinato col 370.) e l'atto di publicazione del processo coi suoi legali effetti (art. 385.) non potrebbero concepirsi in un metodo che fosse accusatorio o anche meramente misto di accusatorio.

Ma giunto a questo stadio della Gregoriana procedura prevedo un'obbiezione. Si dirà che il metodo stato sempre inquisitorio fino al punto della publicazione, cangia natura e diventa accusatorio quando la causa si propone avanti il pieno tribunale per la decisione. Ma per sostenere questo, bisognerebbe distruggere le più chiare sanzioni del Regolamento di procedura, e surrogare in luogo di esse delle disposizioni affatto diverse. Noi abbiamo dimostrato nell'antecedente capitolo, che l'intervento dei testimonj all'atto della proposizione della causa altro non è che un mezzo di legittimazione del processo, e l'unico non illusorio che possa concepirsi. È un atto dunque inerente all'indole della procedura quesitoria, di cui diede una traccia la saggia mente di PIO VII., e che fu poi notabilmente esteso e migliorato da GREGORIO XVI. Nè questa è una mera nostra opinione, ma ha il suo fondamento nelle più precise espressioni della legge. Difatti l'art. 22. parlando di quest'atto sostanziale lo intitola *ripetizione dei testimonj*, ed accorda la facoltà al reo di astenersi dall'intervenirvi, lo che certamente non sarebbe se nel proporsi la causa all'udienza il processo assumesse la veste di accusatorio. L'articolo 110. parlando dell'atto stesso lo chiama *confronto*,

che è quanto dire *legittimazione per confrontationem*. E la rubrica del tit. III. lib. VI. del Regolamento è intitolata: *dei testimonj da chiamarsi al confronto*. L'articolo 402. prescrive che non si può ad istanza del Fisco o dell'aderente chiamare alcun testimonio che non sia stato precedentemente esaminato in processo (1); lo che chiaramente dimostra che lungi dal cangiarsi il processo in accusatorio, non si fa altro che legittimare il processo scritto. Che se nell'atto della discussione si venisse ad istituire un'accusa contro il reo, come si potrebbe precludere la strada al Fisco e suo aderente di portare nuove testimonianze per sostenere l'accusa stessa? Finalmente se il metodo analitico è il carattere del processo quesitorio, questo metodo si osserva appunto nella ripetizione dei testimonj chiamati al confronto, come apparisce dall'art. 417., e come tuttodì si pratica dai più dotti e sagaci Magistrati. Che più? Persino col reo, benchè a quell'ora conosca ciò che la Giustizia da lui pretende, non v'è bisogno d'inverter l'ordine delle domande e sostituire all'analisi la sintesi. Difatti l'art. 411. vuole, che il Capo del tribunale dopo *l'esposizione compendiosa del fatto, che dà luogo al giudizio, passi ad interrogare l'accusato sulle circostanze del fatto e sulle prove* o *indizj che lo gravano*; cosicchè mi sembrerebbe molto irregolare il dirgli di primo slancio — *Clodium occidisti*, come col metodo sintetico direbbe un accusatore: nè ancora ho inteso ciò praticarsi da alcuno. Credo adunque di poter con ragione conchiudere che nemmeno all'atto della discussione della causa ha il nostro processo alcun carattere d'accusatorio.

Ora non ci resta che ad esaminarlo nel suo atto finale,

(1) Gli artic. 434. e 435. attribuiscono al Capo del tribunale il potere discretivo di far chiamare ogni sorta di persone per interrogarle e di farsi recare qualunque nuovo atto o documento efficace *ad acquistare maggiori schiarimenti*. Il contesto però di queste parole chiaramente dimostra contemplarsi in essi articoli il caso di acquistare ulteriori dilucidazioni sulle prove già raccolte nel processo scritto, e non d'indurne delle nuove, altrimenti i detti articoli sarebbero in perfetta antinomia col 402.

cioè nella sentenza. Vedemmo nel cap. I. di questo trattato, che il processo accusatorio non ammette altra foggia di sentenziare che con tuono assoluto e dommatico: che presso i Romani non si conosceva nulla di mezzo fra la condanna, e la dichiarazione d' innocenza: che presso gli Inglesi non si pronunciano dai giudici altre formole che *guilty*, e *not guilty*, equivalenti al modo di sentenziare dei Romani: che il reo assoluto tanto presso gli uni, che presso gli altri riacquista pienamente il suo onore e tutti i suoi diritti di cittadino, e non può mai più essere per lo stesso titolo chiamato in giudizio: che finalmente il processo accusatorio crede bastare a se stesso, e sdegna ogni soccorso della polizia, cioè non ammette che il reo assoluto rimanga sotto sorveglianza. Facciamo ora il confronto.

Il processo Gregoriano oltre le due sentenze condannatoria, ed assolutoria, ne riconosce un'altra, che tiene il posto di mezzo, cioè l'assoluzione *ab instantia* concepita colla formola *non costare abbastanza*. Il reo così assoluto può essere richiamato in giudizio per lo stesso titolo fino al compiersi della prescrizione. Questo reo finalmente così dimesso può assoggettarsi per un intero anno alla sorveglianza della polizia, ed ecco che il Magistero politico viene in soccorso del Magistero punitivo, il quale avendo in sommo pregio la vita e l'onore de' cittadini non teme di manifestare la propria incertezza con un giudizio contrassegnato dalla prudenza (1).

(1) Non credasi che questo temperamento di assolvere soltanto dall'istanza il reo, di cui non provasi pienamente la colpa, ma contro cui rimane un ragionevole sospetto di reità, abbia a proprio favore il voto soltanto dei Pratici. Lo stesso Beccaria filosofo quant'altri mai filantropo e propenso a veder guarentita la libertà civile degli accusati, lo ha proposto come mezzo opportuno a difendere e la sicurezza publica e la libertà civile de' sudditi e a far sì che l'una non sia favorita a spese dell'altra. *Dei delitti*, e *delle pene* §. XXX.

Bisogna però guardarsi bene dal credere che questa specie di assolutoria abbia sempre luogo, quando il reo non dimostra con prove positive la sua innocenza. Essa ha luogo soltanto quando le prove addotte

§. II.

Ma qual criterio presiede alla sentenza nel processo Gregoriano? Ecco l'importante ricerca, che ora richiama la nostra attenzione.

L'art. 442. prescrive che i giudici pronuncino il loro voto o per l'assoluzione, o per la condanna secondo l'impressione ricevuta dalla loro ragione presso le prove o gl'indizj, dalla riunione de' quali emerga *una certezza morale*, CHE RIMOVA DAL LORO ANIMO OGNI RAGIONEVOLE ESITAZIONE. Il contesto di questo articolo ha molta affinità col chirografo di Benedetto XIV. già da noi citato alla pag. 607. in nota. In questo in fatti si notano le importanti espressioni: *Reum convictum indiciis indubitatis*, *concludentibus per necesse*, *taliter* UT ADIMANT AB ANIMO JUDICIS OMNEM RATIONABILEM HAESITATIONEM, *quod res aliter se habere potuerit*. La legge adunque vedendo l'impossibilità di assoggettare a norme legali la così detta prova indiziaria, ne ha abbandonato il calcolo

dal Fisco lasciano un ragionevole sospetto di reità. Allorchè viceversa le prove medesime sono immeritevoli di fede o smentite, compete al reo l'assoluzione *a crimine*. *Carmign. Elem. jur. crim.* §§. 629. *et* 630. Chi pensasse diversamente farebbe dipendere l'onore de' cittadini dal capriccio di un impostore; poichè, esposta la querela o denunzia, rarissimo è il caso che l'accusato possa con prove positive dimostrarsi innocente, e perciò dovrebbe nella contrastata ipotesi rimanere per sempre colla macchia di una criminale imputazione, solo perchè ad un suo simile venne la fantasia di accusarlo. L'art. 446. del Regolamento è pe' suoi termini concorde appieno colla nostra sentenza. Imperocchè vuole, che si pronunci l'assoluzione, che la Scienza chiama *ab instantia*, quando i giudici dichiarano — *che l'accusato non costa abbastanza colpevole*. Dunque bisogna pur che costi qualche cosa contro il reo, perchè si faccia luogo alla suddetta *provisoria assoluzione*. Se il reo confutasse validamente tutti i mezzi fiscali di prova, o questi si scorgessero affatto inconcludenti, sarebbe ingiustizia ed illegalità il pronunciare la mera assoluzione provisoria, e lasciar così l'accusato quasi perpetuamente in preda al timore che si torni a privarlo di libertà suscitando dall'obblio la procedura.

e la valutazione alla religione de' giudicanti. Ma fino a qual punto essa abbia voluto rendere arbitraria questa valutazione è ciò che noi ora dobbiamo ricercare.

Quando non ha molto l' Europa soggiacque ad un terribile sconvolgimento per l' immensa possa di un Conquistatore, di cui è riserbato ai posteri il rendere imparziale e retto giudizio, videsi sorgere una legislazione, che accordò ai Giudici un arbitrio illimitato sulla vita e sull' onore degli uomini, arbitrio che se può comportarsi in un sistema totalmente accusatorio ed in un tribunale composto di *giurati*, è un mostro spaventevole in un tribunale di Magistrati. L' art. 300. Lib. II. del Codice francese proclama questa tremenda massima — *I Giudici non adducono motivi dei loro giudizj sul fatto imputato. Questa parte di giudizio non è che l' espressione dell' intima convinzione, che producono all' animo de' Giudici i mezzi di prova raccolti secondo la legge* —. Il voto de' buoni fece sentire una voce sommessa contro questo illimitato e formidabile arbitrio; ma invano. Dai fautori del sistema si addusse che i cittadini accusati avevano una guarentigia nel preventivo giudizio sull' ammissione dell' accusa; temperamento lodevole, ma che non escludeva il male successivo, poichè anche per l' ammissione dell' accusa bastavano gl' indizj, e così tutta l' azione penale potendo sorgere, progredire e finire a forza d' indizj, era manifesto il pericolo di confondere coi colpevoli gl' innocenti.

Ma il processo Gregoriano, che non riconosce giudizio di ammissione di accusa, il processo Gregoriano, che dal principio al fine è sempre quesitorio, può mai avere adottata una massima conforme a quella del Codice francese? Il Codice francese nell' art. 300. bandisce ogni *calcolo legale* di prova. Il Codice Gregoriano riconosce questo calcolo legale, e lo fa dipendere dai principj giuridichi. Difatti nell' articolo 244. dichiara, che *nessun testimonio fa* PROVA LEGALE *in giudizio, se non è esaminato sotto il vincolo del giuramento:* il che equivale al dire, che il testimone non giurato benchè deponesse di qualunque influentissima circostanza non

potrebbe mai esser di base all' intima convinzione de' Giudici. Di più parlando degli indizj e delle circostanze, non ha mancato di stabilire l' aurea massima che gli uni e le altre debbano essere provate colla concorde deposizione di due testimonj, poichè nell' articolo 247. prescrive che allora soltanto può prescindersi dall' esame del terzo o del quarto testimonio sul medesimo indizio o circostanza, quando questo o questa sia già concludentemente provata dal deposto concorde di due individui. Il Codice francese non permetteva mai che per qualunque nullità avesse luogo diminuzione di pena a favore dello inquisito: le nullità non potevano portare altro effetto che la cassazione del giudicato, presso la quale aveva luogo il giudizio *ex integro*, spesso con nessun vantaggio dell' accusato. Il regolamento Gregoriano enumera nell' art. 16. le tre nullità che danno luogo alla revisione del giudicato, e nell' art. 728. vuole che tutte le altre violazioni di forme siano dedotte in prima istanza, e che *i giudici vi abbiano riguardo per diminuire gradatamente la pena*, cosa pienamente analoga in un sistema in cui si pesano le prove sulle giuste bilancie del criterio giuridico, e loro si detrae il valore a misura che furono più o meno violate le salutari forme prescritte dalla legge. Finalmente il Codice francese non vuole che i Giudici rendano ragione del loro giudizio, giacchè qual ragione può rendersi di un convincimento, che nasce nell' intimo dell' animo senza alcun sussidio della critica giuridica, di un convincimento che può sorgere da uno sguardo, da un gesto o del reo o del testimonio, di un convincimento che varia a seconda della consuetudine di ragionare degli uomini, e fors' anche al dire di un insigne Filosofo *a seconda di una facile, o mal sana digestione* (1)? Il regolamento Gregoriano al contrario vuole, che i Giudici rendano ragione delle loro sentenze. Lo prescrive nell' art. 452: lo ripete più espressamente nell' art. 465., ove dice che i Giudici di appello confermando la precedente sentenza, possono riportarsi agli stessi motivi addotti nel giudi-

(1) Dei delitti, e delle pene § IV.

cato di prima istanza. Ora se le sentenze si debbono *motivare*, chi sarà mai per credere che il nostro Legislatore permetta di condannare un cittadino sulla sola scorta di una convinzione, che non ha norma, che è totalmente arbitraria, che si emancipa da ogni principio di giurisprudenza per vagar libera negli spazj immaginarj della fantasia? Conchiudo adunque che se il nostro Legislatore coll' art. 442. ha voluto che i Giudici nel caso di piena loro convinzione logicamente emergente dagli indizj legalmente provati fossero autorizzati all' applicazione della pena ordinaria, non ne viene di conseguenza, che abbia loro accordato il diritto di far dipendere l' onore e la vita de' cittadini da una convinzione arbitraria e meramente instintiva.

Nè si dica che fra il sentenziare divinatorio introdotto dal Codice francese ed il prudente scetticismo dell' antica pratica forense non vi sia alcuna cosa di mezzo. È questa pur troppo l' opinione d' alcuni, ma non so con quanto fondamento. Una legge la quale prepone ai giudizj un corpo di Magistrati, una legge la quale riconosce la prova legale e fissa le traccie per assumerla, una legge la quale impone ai Giudici di render ragione delle loro sentenze, ha parlato chiaro abbastanza per non credere che abbia convertito i Magistrati in *Giurati* arbitri di disporre della vita e dell' onore de' cittadini sul solo fondamento dell' *ita sentio*. Essa è venuta a dire implicitamente ai giudici — *Io abbandono alla vostra religione l' estimazione del valor degl' indizj, ma v' impongo di non dipartirvi dalle regole della giurisprudenza: di un solo indizio benchè urgentissimo dovrete sempre dubitare: di più indizj ancora dubiterete se avranno tra essi tal connessione, che cadendo la conseguenza dell' uno venga a distruggersi anche la conseguenza dell' altro: a niun' indizio appoggerete i vostri raziocinj, che non sia legalmente provato* o *per la confessione del reo*, o *pel deposto concorde di due idonei testimonj*, e cose simili. Questo e non altro a mio credere è lo spirito della nostra Legislazione.

§. III.

Ma abbandonando ora il Diritto costituito, e consultando le regole del *Diritto costituendo*, mi sia lecito aggiungere qui un'idea suggeritami dal desiderio di conciliare vie meglio due importantissimi oggetti d'ogni politico regime, la pubblica e la privata sicurezza. Confesso che io m'involgo in una questione che forma lo scoglio più arduo della nostra scienza, e non senza trepidazione m'innoltro nella scabrosa via di questa ricerca. Ma il mio istituto m'impone di nulla occultare di quanto le mie deboli meditazioni mi suggeriscono, e i saggi lettori apprezzeranno, se non altro, la rettitudine delle mie intenzioni.

Sarebbe mai per avventura non impossibile di unire alla convinzione morale dei Giudici un canone negativo sulla prova indiziaria, se tale essa può dirsi, che diminuisca il pericolo di questa pericolosissima prova? Un dotto Scrittore lo tentò già (1); ma la troppa estensione, che volle dare al suo sistema, lo rese censurabile e difettoso. Egli volle accordare ai giudici la facoltà di mandar libero un reo, contro cui esistesse la prova legale del delitto o emergente dalla propria confessione, o risultante dal concorde deposto di due testimonj idonei, quando, malgrado ciò, i giudici stessi avessero potuto dire: *io non sono persuaso della sua colpa.* Ma chi non vede che nel caso di prova legale è la legge e non il giudice che condanna? Chi non vede che col sistema del Filangeri si offrirebbe spesso al popolo il mostruoso spettacolo di un reo convinto e rimandato dal tribunale assoluto? Procuriamo adunque di rettificare il sistema di questo autore: limitiamolo alla prova indiziaria: riduciamo a valor negativo il suo IV. Canone

(1) Il Cav. Filangeri nella sua *Scienza della Legislazione Lib. III. Part. II Cap. XV.* Quest'Autore ai suoi canoni negativi sulla prova indiziaria pretese aggiungerne uno *positivo*. Così ha confuso la prova artificiale coll'inartificiale, e ha creduto potersi avere la certezza della legge dove non può aversi se non se la certezza dell'uomo.

positivo di giudicatura, e svanirà ogni assurdo. Ecco a mio credere cosa potrebbe disporre la legge, ALMENO pe' delitti punibili colla tremenda ed irreparabile pena di morte.

Per la condanna ne' casi di mera prova indiziaria, oltre una piena convinzione nei giudici, che l'accusato sia colpevole, dovrà aversi la prova legale della causa a delinquere, e la prova egualmente legale di due (o tre) indizj almeno, ciascuno de' quali indichi nell'inquisito l'autor del delitto per una conseguenza tutta propria, e non attinta da quella che sorge da un altro dei detti indizj.

Concorrendo la convinzione ne' giudici senza le dette prove legali o viceversa, l'inquisito verrà assoluto dall'istanza, e potrà sempre al sopraggiungere di altre prove od indizj, o portandosi a compimento le precedenti, riaprirsi contro di lui la procedura nell'intervallo sino alla prescrizione, e sarà anche in facoltà del tribunale, nel caso di delitti gravi, di assoggettarlo o per un dato tempo o in perpetuo alla sorveglianza della polizia.

Prima di giudicare di questa mia opinione, si ponderino i seguenti riflessi:

I. La causa a delinquere è come la fiaccola della verità nei processi indiziarj: se essa manca, gli altri indizj non sono che un abisso, che minaccia d'ingojar l'inquisito benchè innocente. Un reo indiziato potrà *sempre* essere innocente, ma se in esso non ravvisasi la causa a delinquere, la possibilità della sua innocenza aumenta infinitamente. Questa verità sarà ben sentita da chi ha fatto un lungo studio su i Pratici (1).

(1) Prego qui di richiamare quanto ho detto sulla causa a delinquere nel lib. II. pag. 399, per mostrare che può bensì concorrere nel reo una causa irragionevole, ma non mai la mancanza assoluta di causa se pur non sia pazzo, o innocente.

Forse alcuno qui opporrà potersi dare il caso, che la causa a delinquere esista ma sia ignota, caso poco frequente ma di cui non impugno la possibilità. Che cosa però ci suggerisce in queste contingenze

II. Il bisogno, che la legge si cauteli contro i pericoli della prova artificiale indiziaria, è in oggi sentito anche dai Legislatori. Nel Codice criminale pubblicato da FRANCESCO V. Duca di Modena il 14. decembre 1855. perchè abbia vigore col 1.° maggio 1856. si legge all'art. 555. il canone legale, che non si abbia per *prova piena indiziaria* la incolpazione di tre correi, se non concorrano in essa sei requisiti, cioè che sia *verisimile* dirimpetto alle qualità dell'incolpato, *chiara* e *dettagliata* nelle circostanze, *verificata* nelle cose sostanziali dal processo, *costante*, *non suggerita* da inimicizia verso l'incolpato, *non invalidata* dall'inabilità de' correi a deporre in

la politica giustizia? Essa c'insegna, che allora, se la reità dell'inquisito è palese ed evidente in virtù della vera *prova legale*, si potrà procedere a condanna anche nell'ignoranza della causa a delinquere. Imperciocchè quando è CERTO ed EVIDENTE l'effetto, è inutile ricercare la causa. Ma se ad arguire la colpabilità dell'inquisito non si hanno se non indizj, avvegnachè molti ed urgenti, siccome essi non provano mai *per necesse*, e non escludono mai la probabilità che sia il contrario di ciò che apparisce, così non potrà mai condannarsi il reo, tenendo così per vero *un effetto dubbio*, di cui ignota e forse inesistente è la causa. Si aprano i Pratici, e si vedrà da tutti i più sensati confermata questa dottrina.

L'Eccell. Sig Avv. Martini nel vol. II. pag. 57. della sua *Pratica criminale* ha creduto di censurare la mia opinione sulla necessità d'una causa in qualunque siasi delitto. Egli mi porta in contrario l'autorità in genere di classici Criminalisti che non nomina, e l'art. 24. § 1. del regolamento sui delitti e sulle pene. Avrei da lui bramato ragioni e non autorità. Avrei bramato un esame filosofico sulla natura dell'uomo per arguirne s'egli possa mai agire in istato di sana mente senza causa. Que' delitti, a cui egli insieme ad altri Criminalisti dà il nome di *bestiali*, sono in sostanza azioni criminose commesse per una causa del tutto sproporzionata, come la fattispecie riferita dal Filangeri, e da me riportata alla pag. 399. del presente volume. I pratici li chiamano *senza causa* per un modo di esprimersi adottato in passato nel foro, e di cui rende esattamente la ragione il Romagnosi nei §§. 1447. e seguenti della sua Genesi. In questi casi, lungi dal riguardare io per un assurdo che si accresca la pena, ho consigliato anzi quest'aumento, e ne ho indicata la ragione politica nel succitato luogo del libro II.

giudizio, nè dalla loro precedente richiesta d'impunità. Ecco un prezioso canone negativo, che allontana il pericolo di veder sacrificato un innocente dalla perfidia di collegati malvagi.

III. Nella indagine sulla colpabilità speciale di un accusato non possono aversi indizj *necessarii*, e ciò per una legge invariabile impressa dal Creatore nell'ordine morale, onde reggonsi le cose mondane. Cap. V. tratt. IV. di questo libro. Dunque non possono acquistarsi che indizj *contingenti*, ch'è quanto dire *fallibili*. Se di essi non si richiede la prova *legale*, la *fallibilità* e con essa il pericolo d'inganno è duplice: *ambiguità* dell'indizio per sua natura: *fragilità* della *semiprova*, onde è tratto.

IV. La prova legale della causa a delinquere è facilissima a conseguirsi: la prova legale di una gran parte degli indizj contingenti lo è del pari. (Veggasi il cap. V. trattato IV. di questo libro, di cui mi si deve perdonare la reiterata citazione per aver esso una così stretta relazione col canone da me proposto, che non si può render giudizio di questo, senza far precedere l'attenta lettura di quello.) Dunque non è troppo ardita la nostra regola, se richiede in tre o quattro elementi d'induzione la prova legale.

V. La prova indiziaria, ossia artificiale (così parlando si esclude l'*evidenza di fatto*, di cui già si disse alla pagina 607. in nota) non elimina mai *perfettamente* in senso logico il dubbio, che sia innocente colui, che da indizii, tuttochè molti di numero, viene designato colpevole. V'è dunque sempre un pericolo a condannar per indizii, pericolo tremendo, se si tratta d'irreparabile pena di sangue. Cercano gl'Inglesi uno schermo contro siffatto pericolo nella unanimità dei suffragi, ed è in fatti tale schermo di non lieve valore, se si considera, che il dubbio dell'inganno nell'assentire agl'indizii di reità scema in ragione diretta del numero degli assenzienti. Difatti se è probabile che s'ingannino tre o quattro giudici nell'estimare gl'indizii, è assai meno probabile, che s'ingannino dieci o dodici, che s'ingannino tutti. Cercollo quel riparo in altro lato PIETRO LEOPOLDO, statuendo che la condanna

per indizii non portasse mai pena irretrattabile. — Impossibili appo noi i giudici popolari, e certo non desiderabili, non rimane altra scelta, che o il temperamento di Pietro Leopoldo, (che fu pur quello dello Stato Pontificio dall'abolizione della tortura fino al 1.° gennajo 1832.) o quello di diminuire con un canone negativo i casi di condanna per indizii all'estremo supplicio. Questo secondo rimedio non toglie del tutto il pericolo; ma lo diminuisce a segno di non farlo esser più argomento di ragionevole trepidazione pei cittadini.

CAPITOLO IV.

Della difesa de' rei.

SOMMARIO

§. 1. *Della difesa in genere.*
§. 2. *Della difesa diretta ed indiretta.*
§. 3. *Del favore della difesa.*

§. I.

L'ordine che ci siamo proposti nei due capitoli I. e II. di questo trattato per l'utile scopo di separare tutto ciò che è proprio unicamente del processo accusatorio da quello che è di particolare indole della inquisizione, ci ha fatto necessariamente rimettere a cinque separati capitoli quelle parti di procedimento che sono comuni all'uno e all'altro metodo. Tali sono *la difesa*, *la sentenza*, *l'appello*, *la maniera di procedere contro i rei contumaci*, *ed i modi con cui si perime ed estingue il processo.* Eccoci ora alla *difesa.*

Quale sia il fondamento del sacro diritto che compete ad

ogni cittadino accusato od inquisito di essere ascoltato dalla Società in tutti i mezzi di prova ed in tutti gli argomenti che può addurre a proprio favore, noi lo abbiamo premesso fin dal capitolo II. di questo trattato perchè la connessione delle idee a ciò ci astrinse. Ma ci resta per altro a spiegare la forma e gli elementi, di cui si compone la difesa.

Sotto il nome *di difesa de' rei* comprendonsi *tutti quegli atti legittimi mediante i quali i rei o respingono l'accusa o l'inquisizione, o dimostrano la propria innocenza* (1).

La difesa può essere *o eccettiva o impugnativa o diretta.* Eccettiva se consiste nelle legali eccezioni: impugnativa se prende a confutare o ad indebolire le prove dedotte in appoggio dell'azione criminale: diretta se si propone di provar l'innocenza.

Le legali eccezioni o percuotono l'azione criminale o le persone o gli atti.

Nel primo caso sono o *declinatorie* se si allega l'incompetenza del foro: o *dilatorie* se si dimostra che la persona del reo non è tale che possa essere accusato o che l'accusatore non ha data la cauzione: o *perentorie* se si adduce alcuna di quelle cause che perimono il processo, come sarebbero la prescrizione, la grazia del Principe, l'abolizione.

Le eccezioni che percuotono le persone consistono nel respingere o l'accusatore o il giudice, il primo se non ha il diritto di accusare, il secondo se va soggetto a motivi di ricusa.

Finalmente le eccezioni percuotono gli atti quando si prende con esse a dimostrare l'illegittimità o nullità de' medesimi: lo che è molto giovevole, poichè gli atti nulli mancano di ogni forza probatoria.

§. II.

La difesa impugnativa ha il suo fondamento in quel principio da noi altrove dimostrato (*Capitolo preliminare* §. III.)

(1) Carmign. Elem jur. crim. § 616.

che nella deficienza o insufficienza di prove che sostengano l'azione criminale, il reo ha diritto di essere assoluto. Quindi se il reo può dimostrare che le prove addotte in appoggio dell'azione criminale sono incapaci di produrre la certezza legale o morale della sua colpa, egli viene a liberarsi dalle conseguenze del giudizio. Questo modo di difesa è il più comune ed apre un vasto campo allo zelo di chi si dedica al patrocinio de' rei. Dovrà dunque il difensore volgere prima di tutto le sue indagini alla prova generica del delitto, poichè la esclusione di essa fa crollare dalle fondamenta la prova specifica. Quindi, passando a questa, potrà rinvenire tanti argomenti quante sono le eccezioni che addurre si possono contro le prove: i testimonj inidonei o per difetto d'intelletto o di volontà, le tavole o suppositizie o non riconosciute dal reo e inefficacemente verificate in via di perizia, gl'indizj o non legalmente provati, o ripugnanti tra loro, o l'uno dall'altro dipendenti, finalmente la confessione stessa mancante per avventura de' requisiti legali possono fornire altrettanti mezzi di difesa impugnativa.

In quanto alla difesa diretta in tre modi essa può costruirsi 1.° col dimostrare che il reo ha commesso con diritto quello che la Società gli oppone come delitto: 2.° col dimostrare che il delitto è stato commesso da una persona diversa dal reo 3.° col dimostrare un fatto che sia *fisicamente* inconciliabile con l'esecuzione del delitto per parte del reo, come fece Cicerone provando che Sesto Roscio trovavasi in villa quando il padre di lui fu ucciso in Roma ai bagni palatini. Questo terzo modo di difesa diretta chiamasi dai Prammatici *coartata di luogo e di tempo*, ed anche *difesa dell'alibi*. Nel primo caso la prova è parte *di fatto* e parte *di diritto*: nel secondo e nel terzo è tutta *di fatto*. La difesa diretta è utilissima al reo, perchè in qualunque dei due processi produce l'effetto, a fronte anche di più indizj in contrario, di farlo reintegrare nel suo onore, ne' suoi beni, nelle sue cariche se per avventura n'era insignito: di più produce a di lui favore la cosa giudicata, e lo pone al coperto da qualunque

ulteriore molestia per lo stesso titolo d'imputazione. Ma pur troppo rari sono i casi in cui venga fatto al difensore di addurla, come l'esperienza dimostra.

Tanto la difesa diretta che la indiretta può consistere o in mezzi di prova o in orazioni siano verbali, siano scritte. I mezzi di prova poi o consistono nel dare degli interrogatorj ai testimonj prodotti in sostegno dell'azione, o nell'addurre de' testimonj nuovi, o de' nuovi documenti scritti.

Nel processo accusatorio tanto le orazioni, quanto la proposta degl'interrogatorj ai testimonj ad offesa, come pure l'induzione di nuovi testimonj ed istromenti a difesa facevansi all'atto della solenne e publica proposizione della causa innanzi i giudici.

Nel processo quesitorio antico quando si proponevano dal reo degl'interrogatorj da darsi ai testimonj fiscali e ad altri nuovi addotti a difesa, venivano gli uni e gli altri esaminati da un giudice inquirente diverso da quello che aveva formata l'inquisizione, e ciò per una maggiore cautela a favore del reo. Il complesso degli esami fatti ai testimonj fiscali sugli articoli proposti dal reo chiamavasi processo *ripetitivo* (1): il complesso poi dei nuovi atti a difesa appellavasi processo *difensivo*.

Nella procedura Gregoriana tanto il ripetitivo quanto il difensivo, non che la verbale difensiva orazione hanno luogo nell'atto della proposizione della causa innanzi il pieno tribunale. Di più il difensore ha diritto come altrove accennammo di distribuire in precedenza ai giudici o in istampa o in iscritto tutte quelle deduzioni sì di diritto che di fatto, le quali reputa proficue alla causa (2).

(1) *Carmignan. Elem. jur. crim.* §. 623. Il Renazzi confonde il processo ripetitivo colla legittimazione *per confrontationem*. Lib. III. cap. XVI. §. 1. num. 2. et nota 1.

(2) Veggansi gli art. 395. 396 420. 430. e 431. del Regolamento di procedura.

§. III.

Notissimo è presso i criminali Scrittori sì pratici che teorici il così detto *favore della difesa.* È dunque pregio dell'opera il vedere in che consista, da qual principio politico derivi, e su quali atti eserciti la sua influenza.

Il favore della difesa consiste in una maggiore protezione che accordano le leggi per provare l'innocenza di quello che per provare l'azione criminale. A dimostrare la ragione politica di questo favore, io non dirò col Carmignani, che l'irrogazione della pena è un'offesa dei diritti naturali (1), nè col Nani che la pena seco porta molto di odio (2). Che l'irrogazione della pena non sia un'offesa dei diritti naturali, ma anzi l'esercizio di un diritto competente alla Società, il quale ha il suo fondamento nei principj immutabili della eterna ragione, e che sorge al nascere dello stato sociale, è una verità da noi limpidamente dimostrata nei cap. I. e II. del primo libro. Che poi l'irrogazione della pena ai privati delinquenti abbia seco congiunto molto di odio, noi non sappiamo concepirlo subito che si tratta dell'esercizio di un diritto derivante dalla ragione politico-naturale, del quale il salutare effetto è la publica sicurezza. Qual sarà dunque il fondamento del favore della difesa? I. Dirò collo stesso Carmignani (3), che l'innocenza si presume sempre, la reità non mai; perchè i delitti ripugnano all'umana natura, perchè nel calcolo delle probabilità, e fatta astrazione da ogni circostanza concreta, è sempre più probabile che il colpevole si celi fra il numero infinito degli uomini non percossi dal processo che nell'unico individuo contro cui si dirige la criminale azione: II. Dirò in secondo luogo che chi prova la delinquenza non giova che alla Società: chi prova la innocenza giova ad un tempo e ad un

(1) Elem. jur. crim. § 621.

(2) Adnotation. ad. Ant. Matth Vol. V. pag 162. Edit Floren. nota 2.

(3) Nel luogo citato.

buon cittadino, membro prezioso della massa sociale, e alla Società stessa, cui distoglie dal pericolo di canonizzare con un solenne giudicato l'impunità del vero colpevole, condannando l'innocente. Dal che si vede che il favore della difesa non è una cosa esclusivamente propria dell'uno o dell'altro processo, ma è ad ambedue comune.

Per far conoscere poi su quali atti eserciti la sua influenza questo favore, noi ora esporremo i canoni legali del medesimo quali vengono riportati dagli Scrittori più accreditati della nostra Scienza, non senza aggiungervi le opportune dilucidazioni.

1.° Lice al cittadino, che teme di andar soggetto ad una accusa, il fare esaminare i testimonj comprovanti la sua innocenza *ad perpetuam rei memoriam*. Ciò è vietato all'accusatore di fare in comprova dell'accusa. A qual uopo infatti dare questo diritto all'accusatore, mentre egli ha quello di proporre la sua azione in giudizio? Ingiusto al contrario sarebbe stato obligare il cittadino innocente a costituirsi reo volontario per provare la propria innocenza.

2.° La reità non può provarsi che con due testimonj: la innocenza anche con uno. Come intenderemo noi questo canone? Forse quel reo, che è rimasto convinto da due o più testimonj di vista e maggiori di ogni eccezione, dovrà essere assoluto come innocente, perchè un sol testimonio sorse a giustificarlo? Non mai; ma bensì quel reo che per l'imperfezione delle prove prodotte in appoggio dell'azione criminale avrebbe ottenuta la semplice assoluzione *ab instantia*, otterrà in forza del testimonio che prova la sua innocenza la piena assoluzione *a crimine*.

3.° L'azione criminale non provasi che mediante testimonj ineccezionabili e classici: l'innocenza si prova anche con testimonj inidonei (purchè aggiungerei io, si tratti d'inidoneità *presunta* e non d'inidoneità *manifesta*) (1).

(1) Veggasi nel S. I. cap II. trattato IV. del presente libro la forza di questa distinzione.

4.° L'azione criminale (dicevano non senza ragione i nostri antichi Prammatici) non si prova con semplici indizj ed argomenti: l'innocenza mediante essi può validamente provarsi. Il presente canone e l'antecedente s'intendano nel senso espresso rapporto al 2.°

5.° All'accusatore si concedono due sole dilazioni per provare l'accusa: al reo per dimostrar l'innocenza ne competono tre: che anzi dopo la conclusione in causa, dopo anche la sentenza è sempre ammesso a giustificare la sua innocenza (1). Questo canone ha un appoggio nel Diritto romano *leg. 1. ff. de quaestionibus*, ove si riporta il fatto di quel *Primitivo* servo, di cui l'innocenza apparve dopo la condanna, e che tuttavia fu giustamente sottratto alla pena. Ha poi un appoggio anche più forte nella ragione e nella giustizia, poichè l'innocenza è imprescrittibile, e niuna formola forense può farla tacere. Chi è che non detesti a questo proposito la feroce inflessibilità di quei giudici francesi, che mandarono al patibolo varj infelici, di cui erasi scoperta l'innocenza dopo la pubblicazione della sentenza di condanna, sul freddo riflesso che sarebbe stato di mal'esempio il ritrattare un giudicato (2)?

(1) In tutti i canoni fin qui esposti convengono l'Anton Matteo Vol. V. pag. 161. e 162. il Prof. Nani nelle sue Annotazioni al medesimo, il Renazzi Vol. III. cap XVI. §. IX num. 1. e 2., e finalmente il Carmignani § 621.

(2) Il fatto viene riferito dal Pastoret Lois pènales Part. IV. Chap. XIX.



CAPITOLO V.

Della sentenza e dell' ufficio del giudice.

SOMMARIO

§. 1. *Necessità della pluralità dei sentenzianti.*
§. 2. *Valore de' suffragi nel metodo accusatorio e nello inquisitorio.*
§. 3. *Dell' ufficio del giudice.*

§. I.

Le cose discorse sin qui nel presente libro ci hanno portato a conoscere il diverso atteggiamento, che assume la criminale Sentenza giusta il metodo o accusatorio o quesitorio. Nel primo essendo la medesima un atto del popolo sovrano che decide sulla violazione di quell' ordine che ha diretto interesse a mantenere incolume, essa prende il carattere più di forza che di giustizia, più di legge che di decisione, più d'impero che di risoluzione di una cosa dubbia. Nel metodo quesitorio al contrario non essendo il Sovrano che giudica, ma il magistrato, e dovendo questi col suo giudizio meramente applicare una legge, di cui non è l' autore, e che gli è confidata come sacro deposito da conservarsi integro ed incontaminato da ogni alterazione, la sentenza prende il carattere di un raziocinio tutto intellettuale (1), tutto logico, tutto giuridico, in una pa-

(1) Si sa che il raziocinio è tutta opera dell' intelletto. Tuttavia quel predicato *intellettuale* non incontrerà censura da chi rifletterà che nel nostro assenso a certe proposizioni v' hanno talvolta molta parte le antipatie e simpatie, moti tutti volontarj anzichè intellettuali.

rola di una vera risoluzione di un dubbio storico, dubbio, che talvolta il magistrato per non offendere il vero può e deve lasciare irresoluto.

Il carattere di forza che informa il giudizio nell'accusatorio processo rendendo necessario il criterio istintivo per produrlo, ha suggerito ai popoli di ricercar nel numero dei giudicanti e nel loro giuramento una guarentigia contro l'illimitato potere di sentenziare con un criterio che sdegna le dottrine della fredda calcolatrice logica. Ragguardevole pertanto fu il numero dei giudicanti presso i Romani (1), e non piccolo è quello degli Inglesi se si riflette che 24. voti concorrer debbono alla condanna di un accusato.

Ma quella pluralità di giudicanti, che l'indole del processo accusatorio per una ragione addomanda, la richiede per considerazioni differenti ma non meno energiche l'inquisitorio. In questo metodo, il giudizio è il prodotto di un ponderato, maturo, legale esame di atti assunti col rigore dell'analisi e sulla guida di traccie prefisse dalla legge: l'ufficio del magistrato incomincia dall'esame della legalità delle forme: passa poi ad estimare con coscienzioso criterio giuridico il valor delle prove che stabilir potrebbero la reità, indi di quelle che l'inquisito alle suddette ha contrapposto: pondera in appresso le ragioni sì di fatto che di diritto che pro e contro il reo si hanno: esamina l'azione in tutte le fasi dell'entità politica

(1) Vedemmo già che i giudici presso i Romani prima di accingersi al loro ufficio prestavano il giuramento. Quanto al loro numero che ad alta cifra ascendesse l'abbiamo da Sigonio *de judiciis lib. II. cap. VI.* ove leggesi: *Numerus autem eorum a legibus ipsis praescribebatur, ut a lege Servilia Glauciae quadrigentorum quinquaginta: itaque non idem semper fuit.* Il Carmignani però inclina a credere, che questo esorbitante numero di 450. fosse di quelli che si ponevano nell'urna per quindi estrarne tanti quanti dovevano giudicare, rimossi sempre i ricusati a misura che, estratti, venissero ripulsati. Inclina perciò a credere, che il maggior numero fosse di 75, abbracciando così l'opinione di *Beaufort* nell'opera la *republique romaine*. *Teoria delle leggi ecc. Vol. IV. pag.* 63.

che può presentare: esamina la legge non solo in confronto al fatto ma anche a tutte le circostanze gravanti o attenuanti, che nel fatto intervennero: in fine pronuncia il giudizio o di piena assolutoria del reo, o di provvisoria dimissione di lui dal giudizio come non purgato dalla sospicione di reità, o di sua condanna a pena straordinaria, o finalmente di condanna alla pena ordinaria nel concorso della prova legale e nella esclusione di ogni circostanza attenuante. Un giudizio sì sottile, sì complicato, sì filosofico, qual'è quella legge che vorrà abbandonarlo al criterio di un solo? E quando tutto ciò fosse un nulla, non basterà il solo pensiero della somma influenza che la rettitudine dei criminali giudizj ha sulla felicità publica a persuadere chiunque della indispensabile necessità della pluralità de' giudici? Ma basti il sin qui detto a dimostrazione di un principio di giustizia politica che le odierne Nazioni Europee mostrano tutte col fatto di apprezzare e seguire.

§. II.

Dato un consesso di più persone che deliberar deggiono sur una cosa qualunque, la ragion naturale vi detta, che più o meno difficile sarà in esse l'unanimità de' pareri a seconda che più o meno intrigato sarà l'oggetto, sul quale deve emanarsi la risoluzione. Antico è il dettato *tot capita, tot sententiae*, e fu suggerito da quella prodigiosa varietà di sentire che negli umani intelletti ravvisasi. Giungono gl'Inglesi ad ottenere l'unanimità de' suffragi ne' loro *piccoli giurati*; ma la ottengono con un mezzo che sa di coazione, mezzo cui niuno sarà per credere adottabile in altre nazioni. Posta adunque la probabilità tanto prossima d'aver ne' giudici diversi pareri, sorge la necessità della ricerca sulle conseguenze di diritto, che dovranno da tale dissonanza discendere.

Nel processo accusatorio quale il governo democratico lo crea e lo vuole, il carattere di forza che lo informa porta seco di necessaria conseguenza che il parere dei più costituisca la sentenza. Tutto analogo al criterio popolare è il razio-

cinio che tre hanno più forza di due (1). Quindi è che in questa forma di procedere i giudici sono essenzialmente in numero dispari. Se fossero in numero pari potrebbe darsi il caso che la quantità de' voti condannanti pareggiasse quello degli assolventi: allora quella privata guerra fra l'accusatore ed il reo, cui rappresenta il processo del quale parliamo, non avrebbe termine: allora non potrebbe dirsi vincitore il reo, perchè ripugnerebbe l'interesse dell'accusatore, che posto in pari condizione non vorrebbe (e a buon diritto ostando giustizia) chiamarsi vinto: non potrebbe darsi la palma all'accusatore, ostando l'interesse del reo: allora in somma si verificherebbe un assurdo, perchè e il popolo giudice e il popolo spettatore vogliono trarre dal criminale giudizio la *certezza* non il *dubbio*, un *comando* non una *irresoluzione* (2).

(1) Carmignani Teoria delle leggi ecc. vol. IV. pag 245.

(2) Il numero di 75. assegnato da *Beaufort* ai giudici presso i Romani consuona colla verità di fatto, che qui accenniamo. Sigonio però riporta uno squarcio di una lettera di M. Celio a Cicerone, che è la 7. del lib 8. delle *lettere famigliari*, d'onde apparirebbe che talvolta i giudici abbiano potuto essere anche in numero pari. Eccone le parole — *Mittit in consilium eosdem illos, qui lites aestimarunt, judices. Cum aequo numero sententiae fuissent, Laterensis* (questi era il Pretore), *leges ignorans, pronunciavit quid singuli ordines judicassent: et ad extremum, ut solent*, non redigam (Sigonio interpreta questa formola — *non iterum agi sinam* — Alcuni esemplari però invece di — *non redigam* — portano — *referam* —). *Postquam discessit, et pro absoluto Servilius haberi coeptus, legisque unum et centesimum caput legit, in quo ita erat: QUOD EORUM JUDICUM MAJOR PARS JUDICARIT, ID JUS RATUMQUE ESTO; in tabulas absolutum non retulit, ordinum judicia perscripsit Postulante rursus Appio, cum L Lollio transegit, et se relaturum dixit. Sic nunc neque absolutus, neque damnatus Servilius, de repetundis, saucius, Pilio tradetur.* Da questo testo si ricava 1. che la sentenza era sempre formata dal maggior numero, 2. che quel Pretore per aver pubblicato tanto il voto dei condannanti, quanto quello degli assolventi, venne da Celio dichiarato qual *ignorante le leggi*, 3. che quell'accusato Servilio fu sottoposto a nuova accusa per parte di Appio, e finì

Le cose sin qui dette ci portano a tener per fermo, che la pluralità de' voti deve nel processo accusatorio foggiato giusta il governo democratico aver l'efficacia di produrre la sentenza. Ma sarà lo stesso nel processo inquisitorio? Non mancano Scrittori gravissimi, che stanno per la negativa, e che valorosamente sostengono, non potere la sentenza di condanna esser costituita se non che dalla unanimità de' suffragi. È quindi pregio dell'opera l'esaminare con tutta l'accuratezza una sì importante questione.

Tra i fautori dell'unanimità merita singolare menzione per profondità di dottrina il Chiarissimo *De Sonnenfels Consigliere Aulico* e *membro della Commissione legislativa in Vienna*, che magistralmente trattò la questione in un suo opuscolo intitolato *sopra la maggioranza dei voti nelle sentenze criminali* (1). Egli incomincia dal distinguere la questione *di fatto* da quella *di diritto*. Per la prima intende quella, che ha per iscopo o di escludere la colpabilità dell'accusato o di stabilirla con tutti quei caratteri legali, che distinguono l'azione criminosa da lui commessa e le imprimono un titolo dirimpetto alla legge: per la seconda intende quella, che è diretta a de-

per esser considerato come non assoluto nè condannato. Il perchè vi è luogo a dubitare, che l'avere il Pretore Laterense messi in consiglio i giudici in numero pari fosse l'effetto di quella inesperienza che lo fece errare anche nel promulgare il giudizio. Del resto è probabile che poco prima o poco dopo Augusto incominciandosi a corrompere il prisco sistema accusatorio, s'introducesse il metodo di formare il collegio de' giudici di numero pari e di riputare assoluto il reo nel caso che i voti assolventi pareggiassero i condannanti; imperciocchè quando leggiamo in una legge di Silla *CALUMNIATORIBUS NULLA POENA SIT*, (*Heinecc. Antiq. rom. lib. IV. tit.* 18. §. 48.) non dobbiamo esitare a credere che per dare un compenso al reo contro quel precetto ingiustissimo, si facesse essere a lui di vittoria la parità. Ma ciò è inconcepibile dove il processo accusatorio, tale come lo crea la democrazia, vige senza mistura di principii eterogenei che ne corrompano la natura.

(1) Quest'opuscolo fu riprodotto colle stampe in Firenze dal Pezzati nella *Raccolta di trattati criminali Vol. II.* 1821.

terminare la pena incorsa dal reo (1). Si fa poi strada a dimostrare che mentre la ragione e la giustizia richiedono che nella prima la sola *unanimità* de' voti possa costituire la dichiarazione della reità o della innocenza dell' inquisito, nella seconda viceversa può e deve la *maggioranza* costituire la determinazione della pena. In sostegno della prima parte di questa sua dottrina adduce la considerazione che il dissenso anche di un sol magistrato nel riputar colpevole l' inquisito presenta un dubbio, avvegnachè remoto, ch' egli non sia colpevole, e perciò non costituisce quella certezza, cui la giustizia e l' umanità richiedono per assoggettare a pena un cittadino. Difatti, egli prosegue, d' onde deriva il dissenso di un magistrato nel riputar colpevole il giudicando? Deriva da questo che la prova era tale di sua natura da persuadere il maggior numero ma non tutti. Dunque non era quella prova limpidissima che le leggi divine ed umane vogliono perchè si possa procedere a condanna; imperocchè se fosse stata tale, avrebbe prodotta la convinzione in tutti i giudicanti. Passa poi a rammentare quella regola notissima di morale per la quale, allorchè ci troviamo nel dubbio di violare, agendo, i diritti del nostro simile, dobbiamo astenerci dall' agire; e ne fa l'applicazione al caso dicendo, che la legge condannando sulla maggioranza de' voti si espone a pericolo di violare i diritti dell' inquisito, perchè si mette a repentaglio di punire un uomo che può essere innocente. Conchiude adunque in questa prima parte, che allorquando i giudici non sono tutti unanimi nel dichiarare la *reità o l' innocenza* dell' accusato, non può

(1) Il sagace lettore scorgerà di leggieri, che la questione, cui il De Sonnenfels chiama *di fatto*, non è propriamente parlando *di puro fatto*, perchè chi pronuncia — *Tizio è reo di omicidio*, oppure *di rapina*, oppure *di falso*, o di qualsivoglia altro delitto, deve necessariamente formare un raziocinio legale per attribuire all' azione delittuosa la caratteristica, che ha in faccia alla legge; (cosa che ci occorse di dimostrare ampiamente nell' Opuscolo *sui giurati*) ma in questo Capitolo nulla non impedisce di servirsi, e così faremo, della nomenclatura di quel Chiarissimo Autore nel senso, in cui egli la usa.

pronunciarsi nè l'una nè l'altra, ma bensì deve il reo assolversi *ab instantia*, lasciandolo così in istato di poter essere nuovamente sottoposto a giudizio al sopravvenire di nuove prove od indizj. Quanto poi alla questione di diritto egli soggiunge, che siccome allorchè i giudici hanno tutti dichiarata la colpabilità dell'accusato, il tribunale si trova nella *necessità* di pronunciare una condanna, così questa stessa necessità è quella che autorizza a tener per giusta legittima ed applicabile quella pena che è piaciuta al maggior numero. Tali sono in iscorcio i pensamenti del *Sonnenfels* sostenuti e difesi dall'autore con una scorta di altri robusti argomenti, che la prefissaci brevità non ci permette di riportare.

Di opinione alquando discorde dalla suesposta si mostra il *Conte Virgilio Barbacovi* in una sua dissertazione *della pluralità dei suffragi ne' giudizj criminali* (1). Egli dopo aver dimostrato che il reo deve essere assoluto non solo nel caso della parità dei suffragi, ma anche quando i voti condannatorj superano di un solo gli assolutorj, passa a dire che quando la maggioranza è per lo meno di due voti, deve aver l'efficacia di costituire la sentenza in modo però che anche i voti dissenzienti abbiano un qualche valore nella formazione del giudizio. Per mostrare poi l'applicabilità della sua dottrina propone diversi canoni, di cui noi riferiremo soltanto i principali.

I. Per l'applicazione della pena di morte, sendo pena massima, irretrattabile, dovrà richiedersi l'unanimità od una pluralità che vi si accosti come di sette che la pronuncino contro un solo che ne dissenta. Quindi è che secondo questo primo canone il dissenso di due o più giudici nel pronunciar la pena capitale, deve necessariamente convertirla nella schiavitù perpetua.

II. Quando la maggioranza de' voti decreta una pena temporanea ed i rimanenti l'assolutoria, la pena decretata si

(1) Anche quest'opuscolo è compreso nella citata raccolta del Pezzali Vol II.

divide in tante parti eguali quanti sono i giudici componenti il tribunale, e quindi dalla pena si sottraggono tante delle suddette parti quanti sono i giudici assolventi.

III. Per poter fare la stessa operazione aritmetica quando la pluralità decreta la pena perpetua si desuma l'età legale dell'uomo dalla *leg. 68. dig. ad leg. Falcidiam*, e sulla base di essa si calcoli la pena perpetua come temporanea.

IV. Quando la pluralità decreta una pena temporanea maggiore ed i restanti voti una minore, la differenza che intercede fra la maggiore e la minore sarà divisa in tante parti quanti sono i giudici, e dalla pena maggiore dovranno sottrarsi tante parti quanti sono i giudici che hanno votato per la pena minore.

Seguono a questi molti altri canoni, che noi non crediamo di riportare, bastando i quattro esposti per comprendere a quale minuto dettaglio sarebbe astretto il legislatore nel sistema del Barbacovi (1), e quanto più semplice, più solido, più ragionato sia il piano proposto dal sig. *De Sonnenfels*. Questo ha anche in proprio favore la veneranda e classica autorità del Carmignani.

In una questione di tanto momento sia lecito anche a noi di esporre la nostra qualunque siasi sentenza (2).

(1) Il Barbacovi in altro suo opuscolo aveva proposto un egual sistema pei giudizj civili in caso di disparità di voti, proponendo di dividere la cosa litigiosa, e di assegnarne all'attore tante parti quanti fossero i giudici a lui favorevoli, lasciando il rimanente al reo convenuto.

(2) In un momento in cui tutti i Sovrani d'Europa intendono con provvido consiglio a perfezionare sempre più la legislazione, sarebbe colpa in chiunque professa un ramo di giurisprudenza l'occultare i suoi divisamenti. L'esporre un pensiere è tutt'altro che erigersi in censore di qualunque sistema ricevuto. Il privato Scrittore opina e nulla più. Se le di lui sentenze siano conformi al bene publico, ai soli padri dei popoli spetta il giudicarlo. Quando per avventura non lo fossero, nulla si è perduto coll'esporle, perchè la verità nelle quistioni di competenza dell'uomo più viva rifulge fra mezzo all'attrito delle discordi opinioni.

Allorchè in un' assemblea di Stato si delibera sopra un oggetto che porta la necessità di risolversi per un SI o per un NO assoluto, è indubitato che la maggioranza la più lieve, quella cioè di un sol voto, deve bastare alla deliberazione. È la legge della necessità, cui niuno può resistere, che così impera. Ma negli altri affari della vita noi ci regoliamo con un diverso criterio. Fingete che un uomo temendo di essersi improvvidamente avventurato ad un litigio dipendente da una sottilissima questione di diritto si faccia a consultare diversi giureconsulti: fingete che dei due primi consultati l'uno abbia in lui riconosciuto il torto, l'altro la ragione, e che di due altri intesi in seguito sia avvenuto lo stesso. Egli si troverà nel perfetto dubbio: egli non potrà risolversi ragionevolmente nè a proseguire nè a rinunciare la lite. Sottentri il quinto giureconsulto ed esprima opinione a di lui favore. Il consultante dirà: *io ho una qualche probabilità che per mia parte stia la ragione, ma non ne ho la certezza: forse il sesto che io consultassi mi potrebbe esser contrario.* Ma se viceversa immaginate, che tutti quei cinque Giureconsulti siansi uniformati nel riconoscere il buon diritto del consultante, egli si troverà in uno stato di certezza sulla ragione che l'assiste, ed opererà da uomo cauto e prudente nel determinarsi al proseguimento della proposta azione. Questo raziocinio sì piano sì naturale forma pure il criterio della legge, imparziale regolatrice dei diritti degli uomini. In faccia ad essa L'UNANIMITÀ DE' VOTI COSTITUISCE LA CERTEZZA, LA PARITÀ IL DUBBIO, LA MAGGIORANZA UNA PROBABILITÀ più o men forte in ragione diretta della maggioranza medesima.

D'altra parte la Società che col metodo inquisitorio s'innoltra all'imparziale ricerca del delitto e del delinquente, allorchè è giunta al punto di pronunciare il giudizio sopra il presunto colpevole che ha preso di mira, non si trova nella necessità di risolvere in senso assoluto la questione, cioè o di condannarlo o di dichiararlo innocente, ma ogni qual volta trovi probabile ma non certa la reità, ha un temperamento medio a cui appigliarsi, atto a conciliare la pubblica colla

privata sicurezza, quello cioè di esprimere il proprio dubbio assolvendo il reo *ab instantia*, e lasciandolo così soggetto sempre a nuovo giudizio al sopraggiungere di nuovi elementi di prova.

Tutto ciò premesso, sottentra la considerazione, che nel processo inquisitorio *non è il criterio della forza ma quello della ragione che presiede alla sentenza.* Questo criterio prima di tutto suggerisce che nel caso della parità de' voti, cioè che tanti siano i giudici persuasi della reità dell'inquisito quanti quelli non convinti della medesima, il reo debba essere assoluto *ab instantia* (1). Il Renazzi mentre conviene pienamente in questa opinione, si contenta di dire — *Vetustissimo atque apud omnes cultiores populos recepto usu iste* (reus) *liberatur. Visum quippe est humanius in tanto judicantium dissensu illam praevalere partem, quae reo favet* (2); cosicchè parrebbe che giusta questo autore fosse benignità legislativa piucchè altro quella che avesse consigliato i popoli ad avere come assoluto il reo in caso di parità di suffragi. Ma il fatto sta che è la pura inviolabile giustizia quella che dettò questa massima. Se la parità de' voti esprime il dubbio della colpabilità del reo, qual meraviglia che in questo dubbio egli debba essere assoluto? La giuridica estimazione dei suffragi deriva anch'essa dai principj del sistema probatorio. Il cittadino accusato ha diritto di non soggiacere alla pena se non nel caso che la sua reità sia provata. Ora questa non può dirsi tale quando tanti sono i giudici che la tengon per vera, quanti quelli che non la estimano tale (3). Se nel pretto

(1) Dove la legge accordasse alla maggioranza il potere di costituire il giudizio di fatto sulla colpabilità del reo, ivi sarebbe indispensabile il formare i tribunali di numero pari di giudici per evitare il mostruoso assurdo che un sol voto formi la maggioranza e spinga l'inquisito alla pena. A ciò hanno provveduto le nostre leggi coll'art. 21. del Regolamento organico e di procedura criminale.

(2) Elem. jur. crim. lib. III. cap XVII. §. II. num. 3.

(3) Euripide nella tragedia *Ifigenia Taurica* espone che Minerva intervenendo al giudizio che innanzi l'Areopago trattavasi contro Oreste

sistema accusatorio la parità deve evitarsi, e quando pure il numero de' giudici la rendesse possibile, non può produrre altro effetto, che di lasciare irrisoluta e nuovamente proponibile la questione, ciò deriva dal grande interesse che nel giudizio ha l'accusatore, e dalla disconvenienza d'assoggettarlo alla pena di calunnia nel mentre si trova in pari condizione col reo. Questa ragione non concorre nel processo inquisitorio, nel quale, sia lecito il ripeterlo, non vi è la necessità di un SI o di un NO, e la Società nella incertezza della reità può e deve adottare il savio e prudente temperamento di lasciar le cose nello stato in cui erano prima del giudizio, dimettendo il reo dal medesimo come assoluto *ab instantia*. Col quale temperamento mentre da un canto evita il pericolo di condannarlo se innocente, non preclude a se stessa la via di punirlo se colpevole.

Il medesimo criterio della ragione va più oltre e suggerisce che alla condanna dell' inquisito (se può bastare la maggioranza nel giudizio di dritto come si dirà in appresso)

imputato di matricidio aggiunse il proprio voto a quello degli assolventi, e con ciò fece sì che Oreste venisse assoluto. Gli eruditi si occuparono nel ricercare se e quale differenza vi fosse tra i voti assolventi e i condannanti in quel singolare giudizio, ed i più opinarono che vi fosse la parità, cosicchè Minerva aggiungendo il suo voto facesse nascere la maggioranza degli assolventi. Il Conte Virgilio Barbacovi nella citata dissertazione della *pluralità de' suffragj nei giudizj criminali* richiama in esame questa disputa, e sostiene, che i voti contrarj ad Oreste superar dovevano di uno quelli a lui favorevoli, cosicchè Minerva coll' aggiunta del proprio fece nascere la parità, in forza di cui l' accusato uscì libero dal giudizio. Difatti, egli dice, per opinare diversamente, converrebbe credere che l' Areopago avesse per sistema di applicare la pena quando i voti assolutorj bilanciavano perfettamente i condannatorj, cosa stravagante, assurda ed inconcepibile. Su ciò osserva giudiziosamente il Carmignani, che non si tratta di un avvenimento storico, il quale richiedesse tante ricerche e tante dispute. *Teoria delle leggi ecc*. Vol IV. pag. 245. Il fatto sta che il voto o *calcolo di Minerva* è passato in proverbio presso gli Scrittori, ed ha servito a significare il diritto che ha il reo in parità di voti d' esser assoluto.

non può essere assolutamente sufficiente la maggioranza stessa nel giudizio di fatto, cioè nel riguardare como *chiara*, *evidente e provata* la di lui colpabilità. Se ad uno o più giudici essa sembra *equivoca*, *oscura*, *dubbia*, sorge la legale presunzione che la prova non ha quei caratteri di convincimento, per cui niun uomo ragionevole può dubitarne. Allora la legge non può comportare che si applichi la pena, perchè *il punire nella certezza di punir giustamente* è un fondamento non tanto della privata quanto della PUBBLICA SICUREZZA (1).

Ma noi siam ben lungi dall'opinare, che pel solo dissenso di un giudice nell'aver per provata la colpabilità del reo debba egli tantosto dimettersi dal giudizio. Questa fu in vero, come vedemmo, l'opinione dell'autorevole *De Sonnenfels*, il quale per gravi ragioni reputa abbastanza guarentita la Società dal diritto che le compete di assoggettare altra volta a giudizio quel reo così dimesso. Noi tuttavia siam d'avviso che possa adottarsi una maggiore cautela a pro della Società offesa.

Presso ogni Nazione d'Europa esistono due gerarchie di giudici in materia criminale. La prima è di quelli, che pronunciano sulla sorte dell'accusato in primo grado di giurisdizione; la seconda è di coloro, che conoscono della controversia o in grado di appello, o in grado di *revisione* o *cassazione*. Fermo dunque il diritto al reo d'essere assoluto nel caso della parità de' suffragi, parrebbe conforme all'eterna ragione, che quando nel giudizio di prima istanza non tutti i giudici hanno convenuto nell'aver per *provata* la colpabilità dell'inquisito, dovesse il processo passare *ex officio*, cioè per ministero di legge, avanti il tribunal superiore di appello, e quivi discutersi *ex integro* la causa. Ottenendosi in questo nuovo giudizio l'unanimità de' voti, il reo andrà giustamente soggetto alla decretata pena, perchè dalla unanimità de' voti di un tribunal superiore composto di maggior numero di giu-

(1) Veggasi quanto si dirà nel §. III. *nota ultima* di questo capitolo.

dici rimane distrutto quel dubbio sulla efficacia della prova, che la disparità intervenuta nel primo giudizio aveva ingerito. Verificandosi poi nel tribunal superiore una nuova disparità, il reo dovrebbe essere assoluto *ab instantia*, sottoposto per alcun tempo alla sorveglianza della polizia, e tenuto soggetto sino al compiersi della prescrizione a nuovo processo all' insorgere di qualunque ulteriore elemento di prova. Questa provvisoria assoluzione sembra in tal caso tanto più fortemente richiesta dalla giustizia, in quanto che congiungendosi al dissenso de' primi giudici quello de' giudici superiori, cresce e s'ingigantisce quella presunzione sulla *imperfezione della prova*, di cui testè facemmo menzione. Allorchè la prova è limpida, niun uomo ragionevole ne dissente. Se essa incontra eccezione per parte di uno o più magistrati, tanto nel primo quanto nel secondo esperimento, come potrà la legge riposare sulla di lei efficacia ?

Una ulteriore ragione ci fa credere di non esser lungi dal vero con questa nostra opinione. O la legge adotta nei giudizj criminali il sistema della prova legale, o adotta quello dell' intima convinzione frenata da canoni negativi sulla prova indiziaria, o finalmente quello della convinzione istintiva totalmente arbitraria. Nel primo caso sendo la legge e non il giudice che condanna, il disparere sul giudizio di fatto sarà tanto raro, che potrà riguardarsi come un morale fenomeno, ed allora la somma facilità di conseguire l'unanimità de' voti porge un ulteriore motivo per sanzionarla. Nel secondo poi e nel terzo caso siccome la legge fa dipendere la condanna da un mezzo *pericolosissimo* di prova, così ha un vero bisogno di premunirsi contro questo pericolo col sistema della unanimità de' suffragi.

Nè credasi, che quanto si è fin qui in via di mera opinione esposto non possa attuarsi presso quelle Nazioni, che riconoscono un sol grado *ordinario* di giurisdizione nei criminali giudizj, accordando poi al reo il rimedio, spesso inefficace, della *revisione, o ricorso in cassazione*, esperimento ulteriore, che versa in un ristretto circolo di competenza e non può toccare la disputa sulla colpabilità od innocenza

dell'accusato. Anzi ivi è forse più necessario che altrove il temperamento, di cui parliamo. E vaglia il vero. Ci si dica prima di tutto qual'è il motivo, per cui alcuni Governi statuiscono un solo grado di giurisdizione nelle controversie criminali, mentre ne concedono due ed anche tre negli affari civili, che sono di un'importanza infinitamente minore. Il motivo è la presunzione, che i giudici non siansi ingannati nell'emanare il giudizio di condanna. Ora questa presunzione è in realtà *grave* ed *urgente* quando tutti i giudici sono stati unanimi nel ritener colpevole l'accusato, ma non così quando vi è stato disparere. Imperocchè quando uno o più giudici hanno dubitato dell'efficacia della prova al punto di opinare per l'assolutoria, ciò è segno evidente, che la prova stessa non aveva i caratteri di *piena*, *limpida*, *incriticabile;* dappoichè quando la prova ha questi caratteri non può non persuadere tutti gli intelletti di uomini versati nello studio delle leggi. Or dunque se può comportarsi, che abbia un sol grado di giurisdizione (escluse sempre le condanne all'estremo supplizio) quel reo, del quale fu riconosciuta la colpabilità ad *unanimità di voti*, perchè allora la sentenza ha in proprio favore una urgente presunzione di giustizia, l'opposto dev'essere per quell'accusato, la cui colpabilità fu dichiarata a sola maggioranza di suffragi. Il nostro sistema adunque non farebbe altro, che convertire, quando siavi conflitto di voti, in giudizio di *merito*, ossia di appello, quello che chiamasi giudizio di revisione o cassazione. La qual cosa mentre sarebbe una preziosa guarentigia per la libertà civile, ossia un argine contro il pericolo di sacrificar l'innocenza, non produrrebbe nemmeno lo sconcio di ritardare soverchiamente il corso de' criminali giudizj, essendo quasi equivalente il tempo che si consuma per risolvere la disputa di cassazione o revisione a quello che s'impiega nel decidere la causa in merito (1).

(1) Il Regolamento Gregoriano di procedura offre una limpida prova, che l'Autore di quella legislazione vide in tutta la sua luce l'influenza che l'unanimità de' voti ha sulla certezza della colpabilità

Il ragionamento fatto sin qui diventa cento volte più forte se si applica ai casi punibili colla pena di morte. Se questa pena è estrema, irretrattabile, se essa rappresenta il *sommo male*, che l' umano potere può irrogare ad un uomo, chi non riconoscerà il bisogno di una *piena certezza* della colpabilità per farne l' applicazione? E chi crederà mai che la piena certezza derivi da quella prova che persuade tre o quattro, ma non tutti? Il bisogno della unanimità de' voti quando trattasi di pena capitale è riconosciuto non solo da Sommi Giuspubblicisti, ma anche da talune Nazioni, appo le quali è statuito per legge. Fra i primi annoveriamo il Sonnenfels, il Barbacovi, il Cremani (1), il Filangeri (2), il Massa di Mentone (3), e finalmente quel Genio ponderato e assennatissimo, che è il Carmignani (4). Fra le seconde citiamo a cagion di onore la Toscana, ove l' art. 231. del Moto Proprio 2. agosto 1838. del Granduca LEOPOLDO così statuisce: *Però, allorquando si tratterà d' infliggere la pena capitale, questa pena non po-*

dell' accusato. Nell' art 565. la legge viene a dichiarare non eseguibile *senza un ulteriore esperimento* quella sentenza, con cui un cittadino venisse per titolo di lesa maestà, sedizione ecc. condannato alla pena di morte. Ecco il tenore dell' articolo — *In caso di condanna a pena capitale, se la decisione non è stata ad unanimità di voti, ha luogo una revisione coll' intervento del secondo turno de' Giudici unitamente al primo.* Notisi che questa revisione si aggira su tutto il merito della causa, e che la legge la prescrive e la vuole, ancorchè il condannato non ne faccia istanza. — La S. M di Pio VII. nell' art. 81. del Moto Proprio 6. luglio 1816. concedeva l' appello *sospensivo* per qualunque sentenza condannatoria, in cui anche uno solo de' Giudici avesse votato per l' assolutoria o per una pena minore. Neghi dopo questi esempii chi se ne sente il coraggio, che l' unanimità de' voti non ha una vera influenza sulla presunzione di giustizia di qualunque sentenza.

(1) De jure crim. lib. III. cap. XXI. §. V.

(2) Scienza della legislazione lib. III. parte II. cap. XXI.

(3) Annot. al Beccaria: nota 50., ove osserva, che *se* la maggioranza può comportarsi in caso di pene meno gravi, l' unanimità è *necessaria* per le capitali.

(4) Elem. jur. crim §§. 635. et 636.

trà pronunciarsi quando a deliberarla non concorra il VOTO UNANIME del Collegio. Se concorra la sola pluralità, sarà inflitta la pena, che immediatamente sussegue, quella cioè dei lavori pubblici a vita. Vedremo fra poco, che se ciò appo noi non è stabilito per legge, vi supplisce il cuore umanissimo del nostro Sovrano.

Ma quando tutti i giudicanti sono unanimi nel giudizio di fatto, cioè nel tener per provata la colpabilità, è inevitabile nel giudizio sull'applicazione della pena di far valere la maggioranza. Il sistema del Barbacovi avrebbe forse potuto sembrar necessario in quei tempi in cui quasi tutte le pene erano arbitrarie: allora essendo i giudici, e non la legge, quelli che stabilivano la pena, poteva parere, in certo qual modo, assurdo che la volontà di tre avesse una forza imperante, e niun valore avesse quella degli altri. Ma data una legislazione che a tutti i più comuni contingibili casi assegna congrue determinate pene, e data l'unanimità nel giudizio di fatto, il disparere in punto di diritto, sempre rarissimo, si verificherà soltanto nella latitudine che la legge concede all'arbitrio dei giudici, fissando un limite massimo ed un minimo della pena, dai quali non è lecito uscire. Ora siccome pena legale è tanto la massima quanto la media e la minima, non ne deriva alcun assurdo se l'una piuttosto che l'altra viene applicata giusta il parere che piace alla maggioranza. Imperciocchè il cittadino sa che nel commettere il delitto contrae la responsabilità penale in tutta quella latitudine che la legge ha prefinito (1).

(1) Coi principj da noi adottati si vengono anche a risolvere quelle dispute che sin da tempo remotissimo hanno occupato i Giureconsulti sul dissenso dei giudici rapporto alla pena. Aulo Gellio nelle *Notti attiche* lib. IX cap. XV. per addurre un esempio di quelle controversie che i Greci chiamavano *aporon*, cioè *avvolte in gravi dubbj*, racconta che ad un certo giovane audace e millantantesi di tener disputa estemporanea su qualunque argomento fu proposto il seguente legale problema. *Di sette giudici due condannano il reo all'esilio, due altri alla pena pecuniaria, tre alla morte. La legge impera che sia valida quella sentenza che piace al maggior numero. Si domanda se possa il reo*

Qui prevediamo una domanda, che l'argomento discusso per se stesso suggerisce, e alla quale è nostro dovere il dare una soddisfacente risposta. Si dirà esser comunissimo il caso che tutti i giudici convengano nel dichiarare la colpabilità dell'inquisito, ma la maggior parte di essi veggano nel fatto una circostanza gravante che agli altri non sembra di ravvisarvi, d'onde nasce poi il disparere sull'applicazione della pena. In questo caso la maggioranza potrà avere la forza che testè si è detto? Comincio dal far osservare, che nella proposta fattispecie il disparere dei giudici sulla pena non verte sulla latitudine di questa, ma bensì sopra un giudizio misto di *fatto* e di *diritto*: esempigrazia quattro Giudici opinano, che Tizio abbia commesso l'omicidio *con premeditazione*, e due ch'egli siavi stato indotto da *impeto di sdegno*. Si ha dunque la piena certezza di fatto, che Tizio ha ucciso, ma non che egli abbia ucciso con premeditazione. Anche in questo caso pertanto ad aversi un sicuro giudizio su cui la Nazione ed il Principe che la rappresenta possano tranquillamente riposare, la causa dovrebbe far passaggio *in stato e termini* avanti il tribunale superiore. Se in questo si avrà l'unanimità de' suffragi anche rapporto alla circostanza gravante, il reo subirà la pena propria del delitto *qualificato*, che si ha la certezza essere stato da lui commesso. Se poi anche nel tribunale superiore vi sarà disparere sulla circostanza gravante, il reo subirà la pena di-

essere mandato legalmente al supplizio. Il disputante affogò in un diluvio di parole e di frasi la controversia, ma non la sciolse, talchè Giuliano il retore ivi presente disse facetamente agli amici: *Nolite quaerere quid sentiam: adolescens hic SINE CONTROVERSIA disertus est.* Del resto la questione non era certo inestricabile. I tre giudici opinanti per la morte sono implicitamente consenzienti alla pena di esilio in vigor del principio — *in eo quod plus sit, semper inest et minus. Leg.* 110. *Dig. de regulis juris.* Quindi è che si avevano per la pena di esilio cinque voti, i quali formavano la maggioranza dalla legge voluta, maggioranza che non si aveva nei tre voti a fronte dei quattro dissenzienti. Così pure risolverebbe la questione l'art. 443. del nostro Regolamento di procedura criminale.

minuita di quel grado a cui la pretesa circostanza stessa avrebbe dato luogo. Chi è in fatti che non veda il ragionevole dubbio che in questo caso insorge sulla esistenza di quella odiosa qualifica attribuita da alcuni ma non da tutti al fatto criminoso? Chi non vede la convenienza politica e la giustizia di punire il reo secondo quella indole criminosa di azione che è certa, perchè tutti ne convengono, e non secondo quella che è dubbia perchè alcuni ne disconvengono? Cresce l'argomento se il discorso si volge alle cause capitali. Allorquando la condanna all'estremo supplizio dipende dal concorso nel delitto di una speciale circostanza gravante, rimossa la quale il delitto stesso viene punito con minore severità, dato che la circostanza, di cui trattasi, sia stata dichiarata a sola pluralità di voti sì nel primo che nel secondo giudizio, qual'è quell'uomo ragionevole, il cui animo non sarà compreso dal dubbio, che quella circostanza gravante non sia in realtà concorsa nel delitto? È possibile, egli dirà, che per puro capriccio alcuni Magistrati di prima istanza ed altri di appello abbiano opinato per la inesistenza di quel carattere gravante, in virtù di cui il reo va ad essere consegnato al carnefice? Or bene: salite dopo questa considerazione all'augusto cospetto del trono: la giustizia l'umanità del Principe vi risponderà che non può permettere che si tolga la vita ad un suddito nel dubbio che il di lui delitto non sia meritevole della estrema pena di morte. Anche dove la legge non ha provveduto, la clemenza del Monarca ha in questi casi supplito al vuoto della legislazione, che come opera umana non è mai immune da qualche neo. E noi potremmo citare numerosi esempj di condannati sottratti alla scure per siffatto riflesso dal cuore quanto retto illuminato e giusto, altrettanto clemente del regnante adorabile nostro Sovrano (1).

(1) *Chateaubriand* nell'Opera *Congrès de Vèrone* §. XXXI. narra che l'Imperadore Alessandro appena salito al trono dopo la morte di Paolo I., (da lui non voluta checchè abbia buccinato la calunnia) nel dare savio ordinamento a molte materie politiche e giudiziarie abolì la

Tali sono le massime che in sì importante argomento ci sono sembrate più conformi al bene publico, all'onore de' Governi e alla sicurezza sociale. Se mai andassimo errati ci auguriamo che altri proponga migliori espedienti, contenti noi a questo solo di sempre conservarci più amici del vero che della nostra opinione.

§. III.

Se la Sentenza non può pronunciarsi senza il ministero del giudice, rimarrebbero incomplete le nostre vedute se non scendessimo a parlare dell'*ufficio* di questo. Senza trattenerci sulla etimologia di questa parola, basterà al nostro intendimento il premettere che per *ufficio del giudice* s'intende *tutto ciò che egli deve fare per compiere lo scopo pel quale il suo ministero è istituito.*

Nel processo accusatorio l'ufficio del giudice è molto ristretto. Prestato il giuramento di giudicare secondo la legge, egli non ha a far altro che udir le prove e le ragioni de' contendenti, indi pronunciare o la colpabilità del reo o la di lui innocenza, secondo che nella di lui coscienza gli sembra l'una o l'altra dimostrata. In questo sistema egli non potrebbe mancare al suo ufficio se non col lasciarsi corrompere o col pronunciar la sentenza per favore o per odio e non secondo il suo intimo convincimento, che solo presiede al di lui giudizio.

Nel processo inquisitorio si distinguono, come vedemmo, il *giudice inquirente e il giudice decidente.* Dell'ufficio del primo si è detto abbastanza nel cap. II. di questo trattato. Ora si parlerà dell'ufficio del secondo.

Dicemmo altrove, che il giudice decidente nel processo inquisitorio risolve ad un tempo il fatto e il diritto, e perciò appunto vien chiamato *magistrato.* Ciò è pienamente analogo all'indole di questo metodo, poichè dove il poter giudiziario

confisca, e stabilì per legge la necessità della *unanimità* de' voti per le condanne capitali.

deriva come da sua scaturigine dal Monarca, e da questo viene direttamente trasmesso per essere esercitato in suo nome ad alcuni determinati cittadini di tal probità e scienza legale forniti da meritare la piena fiducia del Principe e della Nazione, sarebbe un assurdo se a cosiffatti funzionarii si accordasse soltanto il diritto di risolvere la questione di fatto e non quella pur di diritto. Quindi allorchè il Filangeri propose la sua nota ripartizione delle giudiziarie funzioni fu illuso da una falsa idea di mal inteso ottimismo, e smarrì di vista la necessaria influenza, che la forma di governo esercita sul metodo di trattare i criminali giudizj.

Dall'essere però un sol collegio di giudici quello che risolve la questione di fatto e quella di diritto, non ne deriva di conseguenza che queste due questioni si debbano tra loro confondere. Ottimo mezzo per raggiungere la verità è l'analisi, e nulla più ripugna all'analisi quanto il voler risolvere ad un tempo due o tre questioni, che sono l'una dall'altra dipendenti come ognun vede essere le due sunnominate. Quindi il magistrato opererà assai cautamente e prudentemente se nell'esercitare il suo nobile ministero avrà presenti quelle sette ricerche che noi abbiamo descritte nella pag. 480. a 481. di questo libro, e che presentano i distinti elementi di cui si compone il criminale giudizio.

Siccome poi non tutte quelle sette ricerche sono in pratica sempre separabili, così la legge suol distinguere quelle che non possono assolutamente cumularsi e confondersi, e sono le tre seguenti 1.° *Costa del delitto in genere?* 2.° *Costa della colpabilità specifica dell'inquisito colle circostanze esposte nel libello del Fisco?* 3.° *A qual pena dovrà essere l'inquisito condannato* (1)? Ognun vede l'indispensabile necessità di te-

(1) La nostra legge non solo ha provveduto negli art. 439., 441., e 444. del *Regolamento di procedura* all'accurata separazione di quelle tre questioni, ma ancora non ha ommesso di avvertire, che risolvendosi in senso negativo la prima, non è lecito passare alla seconda, e succedendo lo stesso della seconda sia in senso negativo sia in senso du-

per questo progressivo cammino nel formare il criminale giudizio. Imperciocchè se s' istituisse la seconda ricerca senza aver premessa e risoluta in senso affermativo la prima, si andrebbe a rischio di far sorgere la *difesa sociale* ove manca la *offesa*, ed allora la difesa in offesa si convertirebbe. Sarebbe poi un controsenso ed un assurdo non men mostruoso il passare alla terza senza aver premessa e risoluta in senso affermativo la seconda, come chiunque ha fior di senno comprende senza bisogno di dimostrazione. Ufficio adunque del magistrato sarà il ben distinguere e accuratamente risolvere le dette tre questioni. Quale e quanta diligenza e ponderazione egli debba in ciò usare, quali precetti fondamentali debba egli in ciò seguire si vedrà in appresso. Frattanto ci è d' uopo esaminare una opinione di grande conseguenza, che a parecchi Scrittori piacque su questo argomento di adottare.

Pretendono essi che il giudice decidente non possa nel metodo inquisitorio adempiere esattamente i suoi doveri, se non è investito di queste due attribuzioni o facoltà 1.° dell'*arbitrio* 2.° del *diritto d' interpretare la legge*.

L' arbitrio lo definiscono — *judicium practicum in casibus a legibus aut non plene aut non satis abscisse determinatis cum laxiore quadam potestate judicandi, ut nec plus nec minus, quam jus et justitia exigit, decernat* (1) —. Di questa facoltà fu indispensabile il bisogno in quei tempi e in quei luoghi, dove le leggi non determinavano le pene ai delitti. Così ne fecero uso i giudici sotto gl' Imperatori romani per tutti i delitti straordinarj, di cui ben copioso era il numero, e talvolta anche per quelli di pubblica accusa. Ne fecero uso i magistrati sotto l' impero delle leggi statutarie, e può dirsi senza pericolo d' errore che questa formidabile facoltà non cominciò a restringersi se non se al declinare del secolo XVIII. che lasciò al successivo il merito di estinguerla totalmente. È però

bitativo, non è lecito passare alla terza. Art. 440. 445. e 446. del citato Regolamento.

(1) Bohemer. ad Carpzov. quaest. 133. observ. I.

una verità palmare, che l'arbitrio dei giudici è cosa perniciosissima all'ordine sociale: esso converte i magistrati in altrettanti legislatori: esso assoggetta i cittadini a tante leggi quanti esser possono i capricci, od almeno i varj modi di sentire de' giudicanti: esso in fine pregiudica alla sicurezza pubblica ed alla privata. Alla prima, perchè il terror de' malvagi nasce dalla certa scienza di una determinata pena che la legge statuisce contro i delitti; e nulla più scema il medesimo quanto il vedere che una stessa azione criminosa punita jeri con un rigore fors'anche eccessivo, viene oggi giudicata con una inopportuna indulgenza: alla seconda perchè il cittadino incorso in una violazione di legge si trova improvvisamente illaqueato in una pena che non aveva potuto prevedere, e che preveduta lo avrebbe forse ritratto dal delinquere. Lo che quanto ingiusto sia, non è chi no 'l veda.

Sian lodi adunque agli odierni Regnanti d'Europa, che han date perpetuo bando alle pene arbitrarie. Presso noi l'immortale Pio VII. le aveva ristrette e quasi annientate coll'articolo 97. del Motu-proprio 6. luglio 1816. Al sestodecimo GREGORIO era riserbato l'onore di sopprimerle del tutto colla benefica legislazione del 20. Settembre 1831.

Superfluo perciò essendo ai giorni nostri l'entrare in quelle specialità sull'arbitrio, delle quali con molta lode si occuparono i nostri maggiori, passeremo a parlare della interpetrazione delle leggi.

Nella legge si distinguono *la lettera* e *lo spirito*. La legge penale si può trovare in ciascuno di questi tre casi, o di non aver contemplata la fattispecie giudicabile nè nella lettera nè nello spirito, o di averla racchiusa nella prima non nel secondo, o di averla compresa nel secondo senza che apparisca dalla prima.

Il professor Carmignani insegna che nel primo caso manca il fondamento della civile imputazione, e perciò il reo non può punirsi. Dovrà bensì, egli dice, adirsi il Principe, perchè faccia una nuova legge a più compiuta tutela della sicurezza publica, ma non potrà mai farsi luogo al mostruoso assurdo

di applicare al cittadino una pena qualunque quando il legislatore non l'ha stabilita.

Nel secondo caso, prosegue l'illustre autore, deve farsi luogo alla interpretazione che dicesi *restrittiva*. Sarebbe infatti cosa iniqua e lesiva al decoro del Sovrano il seguire materialmente le parole della legge per trarne una conseguenza che ripugnasse alla equità naturale e alla retta ragione. Fingasi per esempio un articolo di legge che dica — *Lo smaltitore della moneta falsificata sarà considerato come complice del fabbricatore di essa, e come tale sarà punito con un sol grado minore di pena*, e pongasi per ipotesi che si abbia a giudicare di un tale che avendo per inavvertenza ricevuto in commercio una o due monete false ne avesse fatta la spendizione con altri. Qual sarà quel giudice che riterrà applicabile al caso quell'articolo, sebbene guardando alla sola lettera della legge sembra compresavi la fattispecie? Il buon senso suggerisce che in quello spenditore può riconoscersi un reo di truffa, ma non mai un complice del monetario falso.

Nel terzo caso (così lo stesso illustre autore) deve farsi luogo alla interpretazione che dicesi *ampliativa*, deve cioè riputarsi compreso il caso criminoso nell'articolo di legge in forza dello spirito di essa, quantunque la lettera non lo dica. Fin qui il Carmignani (1).

Noi però col dovuto rispetto a sì classico Autore soggiungeremo, che mentre conveniamo pienamente nel primo e nel secondo de' suddetti principj, non possiamo egualmente consentire nel terzo. Fin dalla pagina 463. avvertimmo, che nella *giustizia normale amministrativa* è d'uopo evitare accuratamente *il rigore arbitrario*; e che questo si verifica allorquando per un fatto non contemplato dalla legge si pretende *per motivi o puramente morali o di mal' inteso zelo* di applicare una sanzione penale presa a capriccio o dedotta per induzione da casi somiglianti. Dicemmo pure che la *giurisprudenza penale* è *strettamente applicativa* a differenza della civile, che può

(1) Elem. jur. crim. §§. 643. 644. et 645.

essere in molti casi *razionalmente induttiva*. E ne additammo le ragioni, che qui sarebbe superfluità il ripetere. Il terzo canone del Carmignani mentre rovescia il principio ivi da noi esposto, racchiude un grave pericolo per la libertà civile, quel pericolo, di cui testè si fece menzione parlando dell'*arbitrio*. Qual fiducia infatti aver potrebbero i sudditi nella protezione del Governo, quando vedessero che un cittadino chiamato a render conto di un' azione non *espressamente* vietata dal legislatore, vien dato in braccio alla pena, solo perchè un Consesso di giudici crede di aver trovato in via interpretativa un articolo che la proibisca? Nè ciò è tutto. Se si accorda ai giudici il diritto di punire un fatto non contemplato dalla legge, col pretesto dello spirito di essa, si corre rischio che un tribunale punisca un' azione ed un altro la dichiari lecita ed impunibile. Imperciocchè ad un consesso di giudici può sembrare di ravvisar nella legge una sanzione implicita, che un altro consesso non vi scorgerà in conto alcuno. E quanto ciò servirebbe a scemare la riverenza alle decisioni de' Magistrati, riverenza, da cui l' ordine publico ritrae uno de' precipui suoi fondamenti, non è chi no 'l vegga. Il nostro legislatore ha evitato tutti questi pericoli coll' ordinare che in ogni sentenza si citi e si riporti letteralmente l' articolo della legge penale applicata (1). Il quale, ove non abbia perfetta conformità colla specie giudicata, dà luogo al condannato di provvedersi col beneficio della revisione (2).

Chiuderemo questo argomento dell'officio del giudice cogli avvertimenti che lo stesso pisano Professore dirigge ai giudicanti. Egli li consiglia 1.° ad aver presente il precetto di Seneca il Filosofo — *multos absolvissemus si coeperimus antea judicare quam irasci* —: 2.° a considerare che niuna si grave bisogna può immaginarsi nell' ordine sociale che superi nella importanza il criminale giudizio: 3.° che ove alla interpetra-

(1) Art. 450. del Regolamento di procedura criminale combinato colla Circolare di Segreteria di Stato N. 31375. del 2. giugno 1835.
(2) Art. 735. del citato Regolamento.

zione si possa e si debba far luogo, non pongano in obblio i precetti di Ermogeniano e di Paulo — *Interpretatione legum poenae sunt potius molliendae quam asperandae — In poenalibus causis benignius interpretandum est. Leg. pen. ff. de poenis, leg. 155. ff. de regulis juris* —. 4.° Che tengano scolpito nel cuore l'insegnamento che uno dei più saggi Imperadori romani, il buon Trajano, diresse al Proconsole Severo, e che Ulpiano ripetè nella *leg. 5. ff. de poenis — Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari* —, insegnamento che la ragione più ancora che la umanità ebbe a suggerire (1).

(1) Ho detto che la ragione piucchè l'umanità ha suggerito quell'insegnamento, e mi è facile il dimostrarlo. Ponete a confronto le conseguenze che derivano dall'assoluzione di un colpevole con quelle che nascono dalla condanna di un innocente. Colla prima si lascia impunito un delitto: colla seconda non solo si eccitano gli spasimi d'un uom giusto, che innalzano grida altissime al Trono dell'Onnipotente, ma dippiù al malvagio autor del crimine si assicura PER SEMPRE un'impunità baldanzosa. Il delitto è in ambi i casi impunito: nel secondo di essi alla ferita della sicurezza pubblica si aggiunge il massimo di tutti i mali, l'oltraggio della Divina giustizia.

CAPITOLO VI.

Dell' appello e delle nullità.

SOMMARIO

§. 1. *Introduzione.*
§. 2. *Se l'appello sia concepibile nel pretto metodo accusatorio.*
§. 3. *Dell'appello nel processo quesitorio.*
§. 4. *Dell'appello contro i decreti interlocutorj.*
§. 5. *Del rimedio suppletorio della revisione.*

§. I.

Lo scopo politico della pena essendo il publico esempio, e questo scemando di efficacia a misura che maggiore è l'intervallo fra il delitto e la pena, ne consegue la regola generale, che la sentenza di condanna deve avere la più sollecita esecuzione che sia possibile. Tuttavia concorrono talvolta delle ragioni a consigliarne la sospensione, e queste ragioni sono o di *umanità*, o di *politica*, o di *religione*, o di *giustizia*.

L'umanità richiede la sospensione della esecuzione del giudicato 1. quando il reo è affetto da malattia o da furore (1): 2.° quando la capitale esecuzione dovesse farsi su donna incinta (2); o su di puerpera lattante finchè all'infante sia data

(1) Questo motivo partecipa anche d'indole politica, mentre il supplizio di un uomo infermo o pazzo eccita la compassione, e fa svanire lo scopo della pena.

(2) Concorda l'art. 694. del Gregoriano Regolamento.

altra nutrice (1). La politica reclama la stessa sospensione 1.° quando il supplizio del reo possa eccitare de' gravi tumulti nella Società, 2.° quando differendone il supplizio si possa sperare di avere dalla di lui bocca il rivelo di delitti gravissimi e toccanti la tranquillità della Republica (2). La religione esige il ritardo quando trattisi di condanna di morte, perchè il reo possa provvedere alle sue spirituali bisogne. La giustizia finalmente vuol che sospendasi l'esecuzione del giudicato 1.° quando il reo invoca la grazia del Principe: 2.° quando, ove la legge lo permette, interpone l'appellazione contro la sentenza. Egli è appunto dell'appellazione che ora ci dobbiamo occupare.

§. II.

L'appellazione è *un atto legittimo, con cui il reo querelandosi della ingiustizia della sentenza contro lui emanata, invoca il giudizio di un Tribunale superiore.*

L'indole del processo accusatorio ha potuto talvolta far denegare ogni diritto di appellazione sì al reo che all'accusatore, il che verificossi un tempo presso i Romani, ed in oggi ha luogo presso gl'Inglesi. Cominciando dai primi. bisogna distinguere le epoche per ben comprendere quando e perchè non si conobbe l'appellazione. Ne' primi tempi giudicandosi i delitti dal Duumvirato, tribunale di troppo scarso numero per allontanare il pericolo di errore, si accordò al reo il diritto di appellare al popolo (3). Coll'andar del tempo essendosi istituito il metodo de' giudici popolari, renduti questi numerosissimi, ed ammesse le ricuse perentorie, non si conobbe più appello nè pel reo, nè per l'accusatore. Di fatti quando il

(1) Carmign. Elem. jur. crim. §. 633.

(2) Carmign. luogo citato.

(3) Contribuì a ciò anche la sagace mente di Romolo, che per fini politici trovò necessario di lasciare ad un popolo collattizio, al volere di cui egli doveva il trono, una parte de' sovrani diritti nel potere giudiziario.

reo a forza di ricuse perentorie venìva a creare a se stesso degli arbitri piuttosto che de' giudici, quando questi arbitri giudicavano con una solenne e publicissima forma sopra un processo tutto orale, quando il fondamento del loro giudizio era una convinzione istintiva nata nell'atto della discussione, sorta dai detti, dai moti, dai gesti de' testimonj e del reo, e suscitata da tutto l'artificio rettorico di valenti oratori, il giudizio di appello sarebbe stato un atto frustraneo, di puro ritardo al pubblico esempio e, quel ch'è più, inconcepibile. Diciamo *inconcepibile*, perchè da un lato è una vera impossibilità il trasportarc avanti un tribunale superiore il risultato di una discussione tutta orale e speditissima, che non lascia traccie appresso di sè, e dall'altro canto questa non può senza gravissimi inconvenienti reiterarsi. Nè al postutto può trasandarsi, che quando il giudizio è opera del popolo costituito in democratica forma, non può concepirsi un secondo giudizio correttorio del primo (1). Distrutti finalmente sotto gl'Imperadori i giudici popolari, e passata la giurisdizione nel Sovrano e per lui nel Prefetto della Città, e ne' Proconsoli che non si potevano ricusare, sorse di nuovo la necessità dell'appello, e le leggi romane allora posero tanta importanza in quest'atto, che, trattandosi di condanna capitale, vollero a chiunque del popolo dar facoltà di appellare pel reo condannato, quantunque questi ricusasse un simile sperimento, quasi frettoloso di andarc al supplizio (2). Ma poichè anche

(1) Questa verità fu anche da me dimostrata in un *Discorso sui giusti confini del giudizio di revisione*. Il Collettore delle mie Orazioni criminali la inserì nel Tomo II. della relativa Raccolta impressa *in Loreto pel Rossi* 1843. Volle però egli apporvi una nota che è in qualche conflitto colla dimostrazione.

(2) *Leg*. 6. *Dig*. *de appellat. et relation*. Il termine per appellare era ai tempi di Ulpiano di due giorni per chi aveva interesse proprio nella causa, e di tre per gli altri, come può raccogliersi dalle leggi 1. §. 5., *e* 2. §. 3. *Dig*. *quando appellandum sit*. Paulo nelle sue *sentenze lib. V. tit*. 5. §. 7. insegna che il diritto di appellare si perde col lasso di 10. anni fra i presenti, e di 20. fra gli assenti, cosic-

in mezzo alle gravi ferite portate sotto l'impero al processo accusatorio, continuò per lungo tempo il vigore della legge, che puniva l'accusatore convinto di falsa accusa, così fu concessa auche a quest'ultimo la facoltà di appellare. Negarono però il diritto di appello agl'insigni ladroni, ai concitatori delle sedizioni, ai capi delle fazioni. *Leg. 16. ff. de appellat.* E coll'andar del tempo tolsero anche tal facoltà agli omicidi, venefici, malefici, adulteri e rei di violenza quando erano non solo da legali prove convinti, ma anche spontaneamente confessi. Che se fossero stati convinti soltanto e non confessi, oppure confessi ancora ma per mezzo de' tormenti, venivano ammessi ad appellare. *Leg. 2. Cod. quorum appell. non recip.* Ed ecco ciò che d'importante offre la romana storia su questo argomento.

Per le stesse suesposte ragioni in Inghilterra non si conosce l'appello. Vedemmo già che quivi hanno luogo i giudici popolari e le ricuse perentorie, ha luogo ancora l'importante guarentigia giuridica dell'unanimità dei suffragi. Qual uopo in un metodo sì favorevole al reo di concedergli l'appello, atto che anche qui sarebbe frustraneo ed inconcepibile? Nè credasi perciò che il reo condannato non abbia presso gl'Inglesi alcun rimedio da sperimentare. Egli ha l'eccezione d'irregolarità di accusa, la quale giustificandosi, si rinnova il giudizio *ex integro:* ha l'allegazione del privilegio clericale, in forza di cui la pena di moltissimi delitti viene mitigata (1): ha il ricorso

chè i termini suindicati sembrano allusivi all'appello sospensivo. Giustiniano poi colla novella 23. cap. 1. estese il termine per appellare in sospensivo a giorni 10.

(1) Il privilegio clericale competeva anticamente a tutti quelli che sapevano leggere. In oggi il detto privilegio appartiene per qualsiasi delitto agli Ecclesiastici, ai lord del parlamento, e ai pari del regno, i quali in virtù di esso vengono o immediatamente scarcerati o tutt'al più detenuti per un anno. Possono poi allegarlo nei delitti *non eccettuati* tutti i sudditi dell'uno e dell'altro sesso, e con esso ottengono di convertire la pena anche capitale nella deportazione per un settennio od in altra minore.

per cassazione della sentenza se fu emanata su fatti non compresi nell'accusa legale, se il numero de' giurati non fu completo, se al delitto venne assegnata una caratteristica che non aveva ec.; ma se la sentenza viene cassata si rinnovella il giudizio: ha finalmente la soprassessoria e la richiesta del perdono. Può conoscersi da ciò fino a qual punto la legislazione inglese sia stata gelosa di serbarsi i mezzi atti a riparare in tutto o in parte un'ingiustizia (1).

§. III.

Il Renazzi attesta che per parecchi secoli fu costante consuetudine del nostro Stato, come pure di molte Nazioni limitrofe, di non condannare alla pena ordinaria se non quelli i quali fossero stati ad un tempo legittimamente convinti, e spontaneamente confessi de' loro delitti, e soggiunge che in vigore di questa massima può escludersi ogni appello dai criminali giudizj (2). A dire il vero dove il Supremo Imperante ha legati i giudizj al cauto metodo della prova legale, ivi è la legge e non il giudice che condanna, e dove condanna la legge non si fa quasi più sentire il bisogno pel reo di appellare, se si eccettuino i giudizj di morte, ne' quali per la somma loro importanza l'appello deve sempre essere ammesso.

Ma dove, come in oggi presso noi in forza dell'art. 442. del Gregoriano Regolamento, è accordato ai giudici l'arbitrio di condannare i rei in forza della così detta prova indiziaria (benchè quest'arbitrio debba intendersi non effrenato, ma moderato dai principj della logica giuridica) ivi non è senza pericolo il denegare agl'inquisiti la facoltà di appellare. *Si leges*, così gravemente parla il dottissimo Carmignani, *eas adhibuerint cautelas, quae veritati detegendae ac judicis arbitrio*

(1) Veggasi il Blackston commentario sul codice criminale d'Inghilterra cap. 28. al 31.

(2) Lib. III. cap. XVII. § X num. 3. in fine.

avertendo idoneae sunt, appellationes rejiciendae (1). Il bisogno di appellare adunque cresce o decresce in ragione del freno che la legge pone ai giudici di prima istanza per assicurarsi che non cadano nell' errore, o nella ingiustizia. Se il freno non esiste, oppure è debole, la necessità dell' appello si fa sentire in tutta la sua forza. *Ubi convicti rei, quamvis non sponte confessi, damnantur, ibi aut viget jus appellandi, aut vigere debet*, conchiude il Renazzi nel luogo citato. Che dovrà dirsi poi dove i rei negativi possono essere condannati alla pena ordinaria per indizj che mai non convincono il reo, ma solo l' animo del giudice? (2).

§. IV.

Quel costante principio di ogni criminale processo dedotto dallo scopo politico della pena, in forza del quale si rigettano tutti quegli atti procrastinatorj che escluder si possono senza lesione della giustizia, ha fatto nascere la questione se debbasi ammettere in via sospensiva l' appello del reo contro i decreti interlocutorj. Alcuni autori trovando il romano Diritto avverso nelle cause civili ad ogni specie di appellazione prima del giudizio definitivo, (*leg. 7. Cod. quorum appell. non recip.*) ne hanno dedotta la massima che ciò non debba neppur essere lecito ne' giudizj criminali; illusi forse da quel principio di Anton Matteo che l' argomento dal giudizio civile al criminale non è mai fallace in senso negativo, benchè lo sia in senso affermativo. Dovevano essi peraltro considerare che

(1) Elem. jur. crim. §. 650.

(2) Il codice di *procedura criminale* pel Ducato di Modena, pubblicato io uo col Codice crimioale già da noi altrove citato, e che al pari di questo deve attuarsi col 1. maggio 1856, accorda l'appello in tutte quante le cause sì all' accusato, che al Procuratore Ducale e alla parte civile, circoscritto però per quest' ultima al solo interesse civile. Art. 343 e 361. E' notabile, che questo Codice ammette il pubblico confronto de' testimonj, cosicchè ha cumulato garanzie a garanzie per rimuovere il pericolo di errore dai criminali giudizj.

l'argomento negativo dal civile al criminale procede bene quando trattasi di cose in aggravio del reo, non così quando trattisi di cose a lui favorevoli (1). *La leg. 2. ff. de appellat. recip.* apre la strada alla soluzione della questione. In essa viene stabilito che se il giudice avrà ordinata la prova per mezzo de' tormenti ne' giudizj civili (lo che era vietato), oppure l'avrà ordinata nei criminali ma ne' casi non permessi dalla legge (questa prova era permessa soltanto nei delitti di lesa maestà, adulterio e fraudato censo *leg. 1. Cod. de quaest.*), in tal caso avrà diritto il reo di appellare contro siffatto interlocutorio decreto. Da questa legge il Bartolo, il Socino e l'Anton Matteo (2) ne dedussero la massima che quando il decreto interlocutorio ferisce il merito della causa, ha diritto il reo di appellarne prima del giudizio definitivo; massima giustissima, ma che per altro non deve estendersi, come fece l'Anton Matteo, anche al decreto di cattura, su di che venne redarguito dal Nani (3). Imperciocchè la cattura arreca bensì un male al reo, ma non ferisce il merito della causa, potendo egli tuttavia venir dichiarato innocente. In tutta questa questione bisogna sempre aver presente che si tratta di appellazione *ante sententiae tempus*, cioè di appello sospensivo, mentre non può mai essere vietato al reo che unitamente all'appellazione sul merito appelli anche dagli interlocutorj decreti.

Qui è interessante il conoscere se ordinandosi dal giudice di prima istanza l'esame di un testimonio, ed opponendosi dal reo una eccezione diretta a dimostrarlo inammissibile, per esempio perchè parente in grado stretto del reo stesso, o per altro simile motivo, debba o non debba ammettersi l'appello sospensivo. Noi, fatta qui astrazione da ogni legge positiva,

(1) E' questa una limitazione necessaria che deve darsi al principio dell'Anton Matteo da noi accennato alla pag. 274. di questo vol. per applicarlo senza errore.

(2) Golof. ad leg. 2. ff. de appel. recip. litera i et l. Ant. Matt. Vol. V. pag. 235. cit. edit.

(3) Ad Ant. Matt. nel luogo cit. pag. 234. nota 6.

e consultando solo gl' inconcussi principj legislativi, opiniamo che debba rispondersi con una distinzione. Dove la legge adotta il principio della prova legale, ivi può procedersi all' esame non ostante l' appello del reo, poichè ciò non toglie che, nel successivo calcolo giuridico della prova in secondo grado di giurisdizione, non si conti per nulla il testimonio esaminato illegalmente, potendosi benissimo, dirò così, sottrarre la di lui deposizione dal numero delle altre, e vedere se tuttavia esista o no la prova legale. Ma dove la legge abbraccia l' opposto sistema di far dipendere la condanna del reo dalla sola intima convinzione de' giudici, ivi l' appello da un simile decreto deve essere necessariamente sospensivo, poichè, esaminato il testimonio, è impossibile che i giudici possano far violenza al proprio intelletto, e spogliarsi di quella impressione che il testimone ha eccitato nel loro animo, quasi dividendo la loro natura razionale in due enti.

§. V.

La legislazione Gregoriana accorda l' appello ne' soli delitti minori e ne' delitti capitali (1): nei primi perchè la sentenza di prima istanza viene pronunciata da un giudice singolare ed è in conseguenza più facile l' errore (2): ne' secondi per la somma importanza del giudizio.

In tutti gli altri delitti accorda soltanto il rimedio della revisione (3). Questo consiste nella facoltà d' implorare dai

(1) L' art. 13. del Regolamento, che contiene la detta disposizione, parla in precisi termini di *delitti capitali*, cosicchè secondo questo articolo il delitto e non la pena sarebbe quello che determinerebbe il secondo grado di giurisdizione. Nell' art. 454. poi la legge ha ristretta vieppiù l' espressione parlando di *cause portanti pena di morte*. In oggi è fuori di ogni dubitazione, che nei delitti maggiori il reo non ha il diritto dell' appello se non nel caso di condanna all' estremo supplizio.

(2) Fu spiegato alla pag. 293. quali dicansi presso noi *delitti minori*.

(3) Art. 15. del Regol. di proc. crim.

tribunali superiori l' annullamento della sentenza sia per violate forme sostanziali, sia per falsa applicazione di legge penale, sia per eccesso di potere (1).

La legge dichiara *esservi violazione di forme sostanziali 1.° quando nei delitti di fatto permanente (a riserva delle ferite di niuno o di qualche pericolo) viene ommessa l' ispezione giudiziale per istabilire il corpo del delitto*, o (in caso di deperimento delle vestigia di esso) *non viene opportunamente e possibilmente supplita: 2.° quando vennero trasgredite le norme fissate dalla legge per le ricognizioni personali degli inquisiti: 3.° quando manca l' intimazione della sentenza ai rei presenti: 4.° quando è violata l' immunità ecclesiastica, lo che porta la nullità tanto dell' atto in cui è violata quanto dei successivi* (2).

Vi è falsa applicazione di legge quando la legge penale è totalmente diversa dalla caratteristica del delitto, e quando in qualunque altro modo si è manifestamente contravvenuto al testo di ogni altra legge, dei regolamenti di publica amministrazione (3).

Finalmente *vi è eccesso di potere: 1.° quando* (a riserva del caso di flagrante o quasi flagrante delitto e del caso che un cittadino invochi l'imprigionamento di un altro, sottoponendo se stesso all' arresto in garanzia della legittimità della invocata cattura) *si trasgrediscono le norme prescritte dagli articoli 327. e 332. nel rilascio dell'ordine d'imprigionamento* (4):

(1) Art. 16. del detto Regolamento.

(2) Art. 724. al 727.

(3) Art. 735. L' espressiooi di questo articolo restringono talmente la competenza de' giudici di appello come *giudici di revisione*, che rarissimo è il caso di potersi valere del beneficio accordato qui dal Legislatore. Quanto sarebbe mai utile una maggior latitudine a questo beneficio! La legge inglese accorda la cassazione *se al delitto venne assegnata una caratteristica che non aveva*. Con questa espressione si apre la strada a correggere qualunque errore di diritto iocorso oel primo giudizio.

(4) Veggasi quanto si è detto nel §. III. cap. II. di questo trattato.

2.° *quando si trasgrediscono le regole di competenza e giurisdizione* (1).

Il ricorso in revisione quando venga ammesso produce lo effetto che, dichiarata nulla la sentenza di prima istanza, lo stesso Tribunale superiore che annulla procede ad un nuovo giudizio sul merito.

È per altro a desiderarsi che l'ottimo nostro Sovrano tanto propenso al perfezionamento della legislazione o estenda vieppiù il diritto dell'appello, o dia una maggior latitudine al beneficio della revisione.

CAPITOLO VII.

Del modo di procedere in contumacia dell' accusato od inquisito.

SOMMARIO

§. 1. *Norme del processo accusatorio nel caso di assenza del reo.*

§. 2. *Norme del processo inquisitorio in caso di contumacia del reo, e principj giuridici sugli effetti di questa.*

§. 3. *Del salvocondotto.*

§. 4. *Metodo prescritto dalla legislazione Gregoriana contro i rei contumaci.*

§. I.

Quel principio inconcusso del Diritto politico-naturale che vieta il condannare qualunque cittadino senza difesa, abbastanza c'istruisce che il reo assente non può per regola generale assoggettarsi ad alcuna condanna. Nel processo accusato-

(1) Art. 736.

rio poi concorre una speciale ragione a far si che non solo il reo assente non possa condannarsi, ma neppure sia lecito procedere contro di lui ad alcun atto in causa. E valga il vero. Dove non è l'ufficiale publico, che per proprio istituto dà moto alla ricerca del delitto e del delinquente, ma è un privato cittadino quello che sorge di proprio libito ad accusare un altro per provocare sur esso la pena, potrebbe mai comportarsi che il primo profittasse dell'assenza del secondo per muovere contr'esso un'accusa, e gli fosse lecito, assente il reo, di portare i testimonii innanzi ai giudici per costruire, a carico di lui insciente ed inerme, la prova?

Quindi è che il Diritto romano espressamente stabilì che niun reo assente venisse condannato, e che neppur fosse lecito contro di lui procedere, se non ad una misura coattiva non corporale per astringerlo a comparire in giudizio. *Leg. 1. Dig. de requirendis reis, nec absentibus damnandis* (1). Ecco ciò che disponeva la legge. Propostasi appena l'accusa contro un reo assente, il Pretore od il Proconsole mediante uno o più editti lo citava a comparire, e frattanto si annotavano e si ponevano sotto sequestro i di lui beni: bandivasi ancora che niuno lo celasse, gli desse ajuto o comprasse da lui (2). Se conoscevasi la dimora del reo, spedivansi lettere al Magistrato del luogo, onde il suddetto potesse conoscere che era richiesto e che i di lui beni erano stati annotati (3). Quindi aspettavasi un anno computabile dal giorno dell'ultimo editto, e se compariva, trattavasi la causa ne' modj ordinarj: se non compariva, i di lui beni venivano occupati dal Fisco, e null'altro era permesso di fare a suo carico (4).

(1) In alcune edizioni delle Pandette la rubrica di questo titolo è così concepita: *de requirendis reis, vel absentibus damnandis*. Aloandro corresse l'errore, e sostituì NEC *absentibus damnandis*, lo che è conforme al contenuto del titolo.

(2) Veggasi il Gotofredo nel commento alla rubrica di questo titolo lett. C.

(3) Citato tit. leg. 1. §. 2. in fine.

(4) Cit. tit. leg. 4. et 5.

Su di che è da osservarsi che l'occupazione de' beni era la pena della contumacia, e non già del delitto.

§. II.

Fermo il già esposto principio, che la condanna del reo assente ripugna a qualunque metodo di procedere, e perciò anche all'inquisitorio, noi ora passeremo a dimostrare, che in questo sistema è consentaneo alla giustizia, che contro il reo assente o contumace (1) si assumano le prove del delitto. E per verità, siccome il non procedere contro i rei assenti o contumaci produrrebbe lo sconcio, che si smarrirebbero le vestigia del delitto e spesso anche le prove specifiche di esso, così nulla non vieta che la ricerca di officio con quel carattere d'imparzialità che l'accompagna, appena avuta la notizia di un misfatto, assuma il corpo del delitto, e raccolga le prove di esso sì in genere che in specie, quantunque il reo non sia presente. Ecco il fondamento politico della procedura quesitoria che s'intraprende contro i rei assenti, nel quale però non ravvisasi una ragione per ispingerla fino alla sentenza. Tuttavia vediamo qual fosse in proposito la pratica antica.

Assunta l'inquisizione generale (a cui l'assenza del presunto delinquente non può mai essere di ostacolo), se dalla medesima emergevano indizj a cattura, ed altronde costava che il reo si fosse dato alla fuga, si emanava contro di lui una citazione edittale, con cui gli s'intimava di comparire in giudizio entro un dato termine. Spirato questo infruttuosamente, si rinnovava la citazione colla prefissione di un altro termine, e in taluni luoghi eravi lo stile di far precorrere anche la terza citazione. L'ultima di esse esprimeva che il termine era perentorio, e che, non comparendo il citato prima dello spirare di esso, si sarebbe proceduto in contumacia agli atti ulteriori

(1) Vi è differenza fra assenza e contumacia: assente dicesi il reo prima che sia citato: contumace quando dopo emessa contro lui la citazione o verbale o reale ricusa di comparire.

fino alla sentenza. Spirato l'ultimo termine, e persistendo il reo nella contumacia, si procedeva al giudizio senza l'intervento di alcun difensore, e concorrendo la prova legale del reato si emanava la condanna.

Ma quello che vieppiù ripugnava al buon senso, e che eccitava l'indegnazione de' buoni era che trattandosi di delitti atroci si emanava contro il reo contumace la sentenza capitale congiuntamente al così detto *bando*. Il bando era una solenne dichiarazione che formava parte del giudicato contumaciale, mediante la quale non solo si proibiva ad ogni cittadino di ricettare il condannato, o di somministrargli vitto e tutt' altro, ma ancora si permetteva a ciascuno di ucciderlo, e talvolta persino si poneva un prezzo alla di lui uccisione. I miti principii della vigente Gregoriana legislazione sono sì alieni da siffatta inumana esorbitanza, che è persino vietato in virtù dell' art. 591. del Regolamento di procedura l'offendere in qualsiasi modo i condannati in contumacia, quand' anche la condanna fosse capitale.

Ora prima di passare alle vigenti disposizioni, ci si presentano qui due ricerche 1.° È veramente necessario alla publica sicurezza che si condannino i rei contumaci? 2.° Sarebbe mai convenevole all' indole del criminale processo che si accordasse la facoltà al reo assente o contumace di farsi rappresentare da un procuratore in giudizio?

La prima questione è facilissima a sciogliersi. Posto che non è consentaneo all' indole di un saggio e religioso Governo l'armare il braccio dei cittadini contro il reo contumace e condannato per darlo a morte, dovendosi evitare il pessimo esempio di eccitare gli uomini al tradimento al sangue ed alle stragi, è agevole il vedere, che per applicare qualunque pena al condannato contumace bisogna ridurlo nelle forze della giustizia, a meno che la pena stessa consistesse nell' esilio o in una multa pecuniaria. Se adunque per eseguire la sentenza bisogna impadronirsi della persona del reo, ottenuto che ciò siasi, qual principio di giustizia soffrirà che non sia ascoltato ne' suoi mezzi di difesa? Forse ha perduto il diritto di difen-

dersi per essere stato contumace, per aver seguito quel naturale istinto che spinge l'uomo a fuggire la prigionia ed a conservare la libertà? Ma noi abbiam pure dimostrato che il diritto di difesa emana dalla ragion naturale, fors'anche dal diritto divino positivo, ch'egli è sacro, ed imprescrittibile. Se adunque per punire il reo bisogna averlo presente, se avendolo presente bisogna ascoltarlo, se ascoltandolo può addurre motivi tali di difesa da far revocare la sentenza che per avventura si fosse durante la sua assenza emanata, qual bisogno vi è, qual utile nel pronunciarla in di lui contumacia? Forse per incuter timore con una condanna impotente? Forse per eseguirla *in effigie*? Oh io dubito con ragione non forse l'esecuzione in effigie producа più ridicolo che terrore. Dunque non trovo fin qua una ragione politica che consigli ad emanare la condanna in contumacia del reo.

Ma vediamo che cosa debba dirsi se la pena fosse o l'esilio o la multa. In quanto all'esilio conviene richiamare ciò che riguardo a questa pena fu detto alle pag. 445. e 446., e tener per fermo, che nè il Governo pontificio nè alcun altro savio Governo di Europa applica mai l'esilio contro i proprii nazionali. Questa pena dunque presuppone, che il reo abbia delinquito nel territorio d'una Nazione a lui estranea, sì che questa trovisi in diritto di espellerlo dal suo seno. Stando così le cose, non è concepibile, che la persona minacciata d'esilio preferisca di menare una vita stentata, angosciata, raminga vagando sempre dall'uno all'altro luogo, anzichè tornare al suo paese, e così porre fine ad ogni sua angustia. Dunque remotissimo e quasi impossibile è il caso di dover pronunciare una sentenza contumaciale di esilio. Tuttavia non impugniamo, che il pronunciarla per l'effetto di questa pena potrebbe taluna volta non essere una superfluità in quanto che darebbe al condannato un maggior impulso ad uscire dalla nazione, a cui danno commise il delitto. Sarà sempre però questa una rarissima, e forse unica, eccezione al principio di non proferire alcuna condanna afflittiva diretta o indiretta contro il reo assente. — Veniamo alla multa. Se il delitto è tale, che di sola

pena pecuniaria è colpito, convien dire ch'esso sia leggiero, e se è leggiero non può esservi una ragione per deviare da quel gran precetto della giustizia che impone di *niuno condannare indifeso*. Solo la necessità d'incutere un salutare terrore potrebbe forse autorizzare la violazione di quel precetto. Ora qual bisogno del terrore quando trattasi di lievi delitti?

Ma non vi sarà mai alcun caso in cui l'emanazione della sentenza contumaciale possa esser necessaria o almeno utile? L'unico caso è quando il cittadino, che sofferse il danno prodotto dal delitto, insiste per ottenerne la riparazione. Allora, siccome non sarebbe giusto di obbligarlo a percorrere con suo grave incomodo la via civile, deve la legge provvedere che la procedura criminale si porti al suo termine contro il reo assente fino alla emanazione della sentenza *inclusivamente*, e deve di più disporre che la medesima abbia la sua piena esecuzione nella parte che riguarda la riparazione de' danni recati dal delitto. In questo caso nessuna ingiustizia si commette, poichè gli effetti della contumaciale sentenza percuotono la proprietà reale, e per conseguenza in quella guisa che un cittadino contumace può essere giustamente condannato in un giudizio civile dopo le debite legali intimazioni, così è a giustizia conforme che lo sia nel modo stesso in un giudizio criminale per gli effetti meramente civili (1).

In quanto alla seconda questione quelli che vollero trattarla ai termini del romano Diritto si fecero l'obbiezione della

(1) Si consulti il Carmignani *Elem. jur. crim.* §§ 659. e 661. ove osserva che la sentenza contumaciale, avendo la sua base sopra una finta contestazione di lite, non può produrre i suoi effetti che in quanto alla cosa famigliare. Egli però la ritiene eseguibile anche in via penale quando trattasi di multa.

Nello Stato Pontificio fu un tempo in cui non potevasi procedere contro i rei contumaci se non con ordine della Segreteria di Stato, il quale concedevasi soltanto per urgenti motivi, o quando la parte lesa faceva istanza per ottenere la riparazione del danno in via criminale. Qual sia la disposizione del diritto Gregoriano sopra i rei contumaci si esporrà nel successivo §. IV.

apparente antinomia che esiste fra il contesto affermativo delle due leggi 33. *ff. de procurat.* (1) e 3. *Cod. de accusat.* (2) ed il contesto negativo di altre due leggi, cioè la *pen. ff. de pub. jud.* (3), e la prima *ff. an per alium causae appell. reddi poss.* (4). Per conciliarla poi immaginarono chi l'una chi l'altra cosa. Il Cujacio fu d'avviso che il procuratore del reo venisse ammesso nelle cause capitali ed escluso nelle non capitali; ma questa conciliazione ripugna apertamente alla quarta delle citate leggi. L'Anton Matteo opinò che il procuratore del reo fosse ammesso a scusare l'assenza, ma non a rappresentarlo e difenderlo nel merito della causa, e per meglio appoggiare questa sua opinione avverte esser d'uopo di emendare il testo della prima legge di Ulpiano, e dove dice *innocentiam excusantem* leggere *absentiam excusantem* (5). La qual correzione, soggiunge, non è arbitraria o capricciosa, ma fondata sulla retta ragione, poichè l'innocenza non si scusa, ma si commenda e si estolle con laudi alle stelle: nè è da credersi che Ulpiano elegante e purgato scrittore cadesse nella difettosa locuzione di dire potersi scusare l'innocenza.

(1) Publice utile est absentes a quibuscumque defendi: nam et in capitalibus judiciis defensio datur. Ubicumque itaque absens quis damnari potest, ibi quemvis pro eo verba facientem et innocentiam excusantem audiri aequum est, et ordinarium admittere, quod ex rescripto Imperatoris nostri apparet. *Ulpianus.*

(2) Reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi, leges publicorum judiciorum permittunt. *Imper. Alexander.*

(3) Ad crimen judicii publici persequendum frustra procurator intervenit, multoque magis ad defendendum; sed excusationes absentium ex Senatus-consulto judicibus allegantur, et si justam rationem habeant, sententia differtur. *Papinianus.*

(4) Quaeri solet an per alium causae appellationis reddi possint, quae res in rebus pecuniariis, et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis sunt rescripta posse agi . . . . . . Sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi non licet . . . . Et generaliter quae causa per alium agi non potest, ejus nec appellationem per alium agi oportet. *Ulpianus.*

(5) Ad lib. 48, Dig. tit. 13. cap. IV. §. 6.

Questa ingegnosa conciliazione sembra ripugnare alla citata *leg. 3. Cod. de accusat.* È però verissima nella parte che insegna ammettersi sempre il procuratore del reo a dedurre le giuste scuse dell'assenza. Enningio Boemero seguito dal Nani nelle *annotazioni all' Anton Matteo* opina che debbansi distinguere due specie di procuratore, cioè quello che munito di mandato del reo diventa per mezzo della contestazione padrone della lite, e quello che senza mandato ma per officiosità non disgiunta dalla vista del publico bene assume la difesa del reo. Dei quali il primo non era ammesso ne' criminali giudizj, il secondo sì, purchè si trattasse di quei delitti, in cui anche l' assente poteva essere condannato. (Questi furono, ne' tempi però meno felici del romano impero, tutti quelli punibili colla confisca de' beni). Questa conciliazione del Boemero lascia desiderare la ragione legislativa. Essa è a nostro credere la vista di far sì che non siano elusi i criminali giudizj. In quella guisa che le romane leggi avevano negato il procuratore all' accusatore, affinchè per questo mezzo egli non isfuggisse la meritata pena in caso di calunnia (1), nel modo stesso lo negarono al reo, quando il farsi rappresentare da un procuratore avesse potuto esser per lui un mezzo di sottrarsi agli effetti della condanna, e lo concedettero quando ciò poteva farsi senza pregiudizio della giustizia, o perchè il reo dopo contestata la lite avesse data idonea cauzione di stare al giudicato, o perchè la pena consistesse nella interdizione dell'acqua e del fuoco, nella perdita totale o parziale delle sostanze, nella rimozione da un officio publico. In questo modo si assegna la ragione legislativa alla conciliazione del Boemero, poichè è agevole l' osservare che se verrebbe frustrato lo scopo dell' azione criminale, qualora il reo potesse in qualunque giudizio e fin dal principio di esso agire per mezzo di procuratore, non si verifica lo stesso inconveniente, quando o la cauzione prestata o l' indole della pena offre la sicurezza che il

(1) *Leg* 15. *cod. de accusat.*, *cit. leg. pen. ff. de publicis judiciis*

reo non potrà isfuggire agli effetti del giudicato. Difatti le due prime leggi, che sono affermative, parlano di difesa in senso stretto: la quarta, che è negativa, parla di reazione da sostenersi in giudizio per mezzo di procuratore (*agi non licet*), lo che è più ampio: la terza poi, parimenti negativa, benchè dica *defendendum*, pure assumendone tutto il contesto, vi si scorge che Papiniano ha voluto in essa denotare la parità di condizione fra l'accusatore ed il reo, e dire che come al primo non lice perseguire il delitto per mezzo di procuratore, così al secondo è vietato d'impugnare l'azione criminale nel modo stesso, il che non esclude che dopo contestata la lite e prestata la cauzione egli possa per mezzo di procuratore difendersi. Finalmente la ragione da noi indicata combina perfettamente colle parole d'Ulpiano — *Ubicumque absens quis damnari potest*, *ec.* cosicchè non è fantastica, ma armonizzante non solo collo spirito ma anche colla lettera del testo.

Qui cade in acconcio l'osservare che i corpi morali quali sono le università, i collegi ec. non potendo intervenire personalmente in giudizio, accusano e si difendono per mezzo di procuratore (1).

Ma se la questione finora discussa si vorrà vedere sotto tutti gli aspetti, converrà considerare che fin qui non si è parlato che di processo accusatorio, e perciò resta a conoscersi se il metodo inquisitorio offra alcuna particolare ragione per escludere o ammettere il procuratore del reo assente. Questo aspetto della questione fu ommesso dai citati dottissimi autori. Noi diremo che richiamando qui il principio sviluppato fin dalla pag. 562. di questo volume, aver cioè la cattura del reo nel metodo quesitorio un doppio oggetto e di render più certa la applicazione della pena e di render più sicura la scoperta della verità sì dalla bocca del reo che da quella dei testimonj, ravvisasi a colpo d'occhio che concedendo ai rei assenti il diritto di farsi rappresentare in giudizio da un procuratore, verrebbe frustrato quasi sempre il primo de' detti scopi, e

(1) Ant. Matth. Vol. V. pag. 28. cit. cont.

fors' anche molte volte il secondo. La questione adunque nel metodo della ricerca d'ufficio non può non avere una soluzione negativa.

§. III.

Dimostrato non essere opportuni rimedj politici alla contumacia de' rei nè la loro contumaciale condanna, nè l'ammetterli a difendersi per mezzo di procuratore, vediamo se la natura delle cose altro ce ne presenti.

Il Boemero, cui sempre nomino a cagione di onore, consiglia come espediente utilissimo in molti casi il *salvocondotto.* Esso consiste *in un decreto mediante il quale il giudice competente, a richiesta del reo contumace, che offre di presentarsi a condizione di restar libero fino al giorno destinato al giudizio, lo dichiara sicuro nella persona, cioè esente dal mandato di arresto per un dato tempo*, e *sotto certe determinate cautele.* Le cautele poi più necessarie e consuete sono 1.° che il reo debba presentarsi ad ogni richiesta della giustizia specialmente per essere assoggettato ai costituti: 2.° che debba costituirsi in carcere uno, due o più giorni prima che si proponga il giudizio: 3.° che non debba vagar dovunque, ma bensì aggirarsi nel luogo prescrittogli dal salvocondotto; cosicchè trovato fuori di esso, il salvocondotto non gli giova e può essere catturato: 4.° che nell'accedere in giudizio e nel recedere per restituirsi al luogo prescritto, debba tenere lo stradale indicato nel salvocondotto, e deviando da esso sia soggetto all'arresto.

Il salvocondotto poi allora soltanto si accorda quando concorrono queste tre circostanze: 1.° che s'ignori la dimora del contumace, mentre quando essa è palese, è dovere del giudice di farne eseguire l'arresto: 2.° che non si tratti di delitti capitali o prossimi ad essi, essendo di pernicioso esempio ai cittadini di veder libero un uomo reo di grave misfatto: 3.° che presti la cauzione fidejussoria o pignoratizia.

Spiegata così pienamente l'indole del salvocondotto, ve-

diamo se il medesimo abbia nulla in sè che ripugni ai principj della buona politica.

Osserva il dottissimo Cremani, che un reo, il quale sia contumace e di cui s' ignora la dimora, offrendosi di presentarsi in giudizio per render ragione alla Società delle proprie azioni e di costituirsi in carcere al proporsi della criminale questione, fa nascere una urgente presunzione della propria innocenza (1). Se adunque interessa sommamente alla società, come osservammo a suo luogo, il venire in chiaro della innocenza degli inquisiti sì pel bene che da questa scoperta deriva alla morale publica, sì perchè ciò apre la strada a rintracciare il vero colpevole, sarà dimostrato che il salvocondotto prudentemente usato può apportare utilissimi effetti all' ordine sociale. Nè si dica che l' innocente di nulla teme, e che potrebbe costituirsi in carcere anche senza il beneficio del salvocondotto. Lo squallore della prigionia, la diuturnità delle procedure inseparabili dal sistema quesitorio atterriscono qualunque innocente, a cui tosto si presenta l'idea che quando sarà dichiarata la sua innocenza egli avrà già subita una pena non lieve mediante il carcere sofferto. Ivi soltanto possono forse abolirsi i salvocondotti ove la rapidità delle procedure sia tale che la prigionia degli inquisiti riducasi a brevissimo tempo.

Nè alcuno opponga che la presunzione d'innocenza, di cui parla il Cremani, potrebbe esser fallace, ed il reo essere veramente colpevole. E che perciò? Che cosa arrischia la giustizia publica col concedere il salvocondotto? Se una condizione essenziale per rilasciarlo è che s' ignori l' asilo del reo contumace, se coll' ammetterlo al beneficio in discorso si ottiene di conoscere il luogo di sua dimora, di circoscriverlo entro certi confini cui non può oltrepassare, di fargli prestare la cauzione pignoratizia o fidejussoria, e finalmente d'indurlo a costituirsi in carcere prima che si proponga il giudizio, ognuno di leggieri comprende, che la giustizia publica non perde, ma anzi guadagna con questa sua concessione. Un ri-

(1) De jure criminali vol. III cap. XVI. §. III. in fine.

flesso ci si presenta come decisivo in quest' argomento. È interesse della Società, che i giudizj criminali non rimangano pendenti, ma abbiano fine: che niun cittadino sia astretto per un delitto commesso al vagabondaggio, d'onde sorgono altri delitti. A tutto ciò provvede il salvocondotto.

A compiere la trattazione di questo argomento restano ad avvertirsi due cose, cioè I. che il salvocondotto essendo un atto di criminale giurisdizione, compete al giudice il rilasciarlo, senza bisogno di adire il Principe, come taluni men rettamente opinarono (1). II. Che il beneficio dell' ottenuto salvocondotto cessa in tre casi 1.° se si scopre che il reo abbia commesso antecedentemente altri delitti non contemplati nel salvocondotto: 2.° se il reo incorre in qualche altra delinquenza dopo averlo ottenuto: 3.° se non adempie alle condizioni impostegli nel salvocondotto, per esempio col non presentarsi in giudizio ogni qual volta viene intimato a farlo.

La legislazione Gregoriana parla del salvocondotto negli articoli 632. al 639. inclusive del Regolamento di procedura criminale. Siccome però non prescrive le cautele da usarsi con i rei durante il beneficio dol salvocondotto, così alcuni tribunali hanno dubitato se questo beneficio importi l' abilitazione provvisoria dell' inquisito dopochè una volta si è presentato, quasichè il salvocondotto dovesse giovare al reo al solo effetto di abbandonare il suo asilo e costituirsi in carcere (2).

§. IV.

Ecco in compendio quanto ordina la legislazione Gregosiana rapporto ai rei contumaci.

Perchè possa farsi luogo al processo contumaciale è ne-

(1) Si consulti il Cremani luogo citato §. VI.

(2) Concedesi eziandio il salvocondotto, e ciò a termini anche delle nostre leggi, a que' rei contumaci che vengono indotti come testimonj in causa altrui. Art. 632. del Regolamento Gregoriano di procedura criminale.

cessario 1.°, che, raccolte le prove non solo del delitto in genere, ma anche della colpabilità specifica tali d'autorizzare il mandato di arresto, venga questo emanato e trasmesso alla Forza publica: 2.° che da analogo verbale di questa apparisca il tentativo indarno eseguito dell'arresto del reo per essere irreperibile la persona del medesimo.

Allora s'incominciano gli atti contumaciali nel modo seguente. S'intima al domicilio del reo il mandato di arresto contro esso rilasciato trascrivendolo per intiero nell'intimazione stessa, e si conchiude l'atto coll'ingiungere al reo medesimo di comparire in giudizio nel termine di giorni quindici. Decorso questo termine si reitera l'intimazione, aggiungendo alla medesima, che se non comparirà nel termine di altri giorni quindici verrà dichiarato il di lui *incorso nella contumacia.* Frattanto è ammesso il reo a scusare per mezzo di procuratore l'assenza, e riconoscendosi giusti dal Capo del Tribunale i motivi addotti, possono accordarglisi altri termini con le cautele che si credessero opportune (1). Comparendo il reo entro alcuno dei suddetti termini, o cadendo nelle forze della giustizia, viene costituito e si prosegue il processo nei modi ordinarj. Persistendo nella contumacia fino allo spirare dell'ultimo termine, si dichiara incorso nella contumacia con decreto del Capo del tribunale. Quindi raccolte tutte le prove tanto a carico che a discarico dell'inquisito si destina dal Capo del tribunale il giorno della proposizione della causa, il quale si rende publico otto giorni prima mediante notificazione affissa alla porta del tribunale. Il giudizio ha luogo senza intervento di difensore (2). Prima di passare allo squittinio sul delitto,

(1) Si scorge qui la concordanza della nostra legislazione col diritto romano nelle *leggi* 10. *e pen. ff. de pub. jud. e* 71. *ff. de procurat.*

(2) Questa è, si può dire, la pena della contumacia. Non vi è altro mezzo per dare al reo un interesse a costituirsi in giudizio, e così obbedire alle leggi. Siccome poi la sentenza contumaciale, come in breve vedremo, non può conseguire i suoi effetti che sulla sostanza pecuniaria del reo, così la presente sanzione è scevra di ogni ingiustizia.

si propone la questione se sono state osservate o no le formalità contumaciali. Se non sono state osservate, se ne ordina la rinnovazione o rettificazione. Se la procedura è regolare, si decide assolvendo o condannando a termini di legge.

Decorso poi un mese dalla publicazione della sentenza, se il contumace non è in potere della giustizia, la sentenza medesima viene eseguita in quanto alla emenda de' danni, alla rifazione delle spese, ed alla pena pecuniaria con mandato da rilasciarsi sui beni di pertinenza assoluta e libera del condannato (1).

Finalmente la legge nell'articolo 590. dichiara che cadendo il contumace in potere della giustizia, ed allegando a discolpa l'età, il sesso muliebre, la giusta scusa della contumacia, o l'ingiustizia della sentenza, si ritiene questa come non emanata, per cui si riassume il processo, si sente il reo, e si procede in tutto nei modi ordinarj, salvo soltanto che si hanno per validi gli esami, assunti in contumacia, di que' testimonj che siano morti nel frattempo o non facilmente reperibili. Della qual cosa il reo non può dolersi, avendovi esso dato causa colla sua contumacia (2).

Su queste disposizioni legislative due osservazioni debbono farsi: 1.° Che con ragione è stata prescritta la procedura contro i rei contumaci, poichè non procedendosi si smarrirebbero le prove del delitto con manifesto danno della sicurezza sociale,

2.° Che non è stato violato quel precetto » *nemo absens et indefensus potest corporaliter damnari* », perchè pervenuto il reo in potere della giustizia basta che egli dica *la sentenza è ingiusta* per renderla nulla e di nessun valore. Ora chi è quel reo che non vorrà dirlo, seppur non conosca di meritare una pena maggiore? Nè per questo si creda che ogni sentenza contumaciale abbia a dirsi inutilmente pronunciata. Essa può

(1) Ciò in qualche modo concorda col principio da noi dimostrato nell'antecedente §. 11.

(2) Veggansi pel fin qui detto gli art. 567. al 590. inclusive del Regol. Gregoriano.

conseguire i suoi effetti a favore della parte lesa, cosa giustissima, come nel §. II. abbiamo dimostrato. Essa può eseguirsi nella parte che condanna il reo a pena pecuniaria, lo che è in certo modo giustificabile per la ragione che trattasi di proprietà alienabile, la cui difesa non è imprescrittibile come quella della persona.

CAPITOLO VIII.

Dei modi con cui si estingue l' azione criminale.

SOMMARIO

§. 1. *Dei modi con cui si estingue l'azione criminale comuni tanto al processo accusatorio quanto al quesitorio.*

§. 2. *Dei modi proprj soltanto del processo accusatorio de' Romani.*

§. 3. *Di alcune particolari questioni toccanti la prescrizione.*

§. 4. *Se e quando l' azione civile pregiudica alla criminale, e viceversa.*

§. I.

Nel capitolo IX. del primo libro vedemmo esistere diverse cause per le quali si estingue la responsabilità di subire la pena, indicammo di ciascuna di esse il fondamento, e conchiudemmo annoverarsene cinque, cioè la *morte del delinquente*, *l' espiazione della pena*, *la prescrizione*, *la grazia del Principe e la sentenza assolutoria del giudice.* Ognuno agevolmente comprende che ciascuna di queste cause deve pa-

rimenti influire ad estinguere l' azione criminale, e deve far nascere a favore della persona da essa colpita un' eccezione perentoria atta a troncare il procedimento in qualunque stato trovisi la causa. Il Renazzi nel mentre riconosce anch'egli che una causa, atta ad estinguere la responsabilità penale, deve a maggior ragione perimere il processo, ama escluderne, per una supposta esattezza di linguaggio, la morte del reo e la espiazione della pena, adducendo in quanto alla prima che la medesima fa mancare il soggetto a cui applicare la pena, e in quanto alla seconda che con essa si termina piuttosto che si perima il processo. Ma se egli voleva escludere dalle cause, di cui parliamo, l' espiazione della pena come atto ultimatorio del processo, perchè non escludere anche la sentenza assolutoria del giudice con cui parimenti la procedura riceve il suo compimento? Ma il fatto sta che tanto l'espiazione della pena, quanto la sentenza assolutoria del giudice si annoverano rettamente fra le cause che estinguono l' azione criminale in quanto che l' uomo già punito per un delitto, oppure assoluto pienamente dal medesimo, se per avventura venisse tratto di nuovo in giudizio per lo stesso titolo avrebbe un' eccezione perentoria atta a far cessare l' azione criminale in qualunque stato di causa. Di qui il notissimo aforismo legale *non bis in idem*. Lo stesso deve dirsi quando, assoluto il reo *ab instantia*, venisse prefisso al Fisco un termine perentorio a provare più efficacemente il delitto, e, questo decorso, si dichiarasse con altro giudizio imperfetta tuttavia la prova del reato. *Farinacc. quaest. IV. num.* 27.

In quanto poi alla morte del reo, senza rispondere ad una ragione, che non è ragione, qual'è quella addotta dal Renazzi per escluderla dalle cause perimenti il processo, ci limiteremo ad osservare che anch'essa ha qui rettamente luogo, poichè potrebbe fornire agli eredi del reo un'eccezione perentoria per far cessare l' azione criminale, cui per avventura si pretendesse portare al suo termine per le pecuniarie conseguenze.

Conchiuderemo adunque che le cinque accennate cause estinguono l' azione criminale, e che sono comuni sì all'accu-

satorio che al quesitorio processo. Il loro fondamento politico fu dimostrato nel cap. IX. del primo libro.

§. II.

Volgendo poi in particolare il discorso al sistema accusatorio de' Romani, incontriamo tre altri speciali modi di perimere il processo che meritano di essere conosciuti, se non fosse altro per la luce che possono spargere sull'indole di quel sistema. Questi erano *l'abolizione del Principe*, *il lasso del biennio*, e *la transazione fra il reo e l'accusatore.*

L'abolizione del Principe altra era publica altra privata. Publica quando o per ragione di una grande annuale solennità, o per un avvenimento di publico gaudio venivano cancellati dalle publiche tavole i nomi de' rei. Privata quando l'accusatore per una giusta causa implorava dal Principe la facoltà di potersi ritirare dall'accusa. Avevansi per giuste cause l'errore, il calore dell'età, la milizia, la cognazione col reo, e cose simili. Passava poi grande differenza in quanto agli effetti tra l'abolizione publica e la privata, poichè 1.° dalla abolizione publica erano sempre eccettuati i delitti più gravi: la privata, concorrendo giusti motivi, si accordava per qualunque delitto: 2.° la publica giovava all'accusatore anche *invito reo*, poichè non era in facoltà di questo di costringerlo a proseguire l'accusa: al contrario nella privata se il reo aveva sofferto o la carcere o i tormenti aveva diritto di opporsi alla abolizione e costringere l'accusatore a proseguire l'accusa. *Leg. ult. Cod. de abolition.* 3.° Nell'abolizione publica, finite le ferie che vi avevano dato causa, era lecito ripetere l'accusa entro trenta giorni utili non solo allo stesso accusatore, ma anche a qualunque altro cittadino: nella privata era bensì lecito agli altri il ripetere l'accusa, ma non al medesimo accusatore se non in forza di comando del Principe.

Dal fin qui detto si può raccogliere con quanto rigore e con quanta gelosia riguardassero le leggi romane il ministero dell'accusatore.

Il secondo modo con cui restava perenta l'accusa era il lasso del biennio. Imperciocchè al tempo degl'Imperadori in cui, essendo cessati i giudizj popolari, le cause criminali venivano soverchiamente protratte, sorse la necessità di stabilire un perentorio termine per l'ultimazione delle medesime, e questo fu il biennio computabile dalla contestazione della lite. *Leg. ult. Cod. ut intra certum tempus etc.* (1). Se dentro questo termine il giudizio non era stato ultimato per colpa dello accusatore, incorreva questi nell'infamia e nella confisca della quarta parte dei beni: se per colpa del giudice che non avesse ascoltato le istanze delle parti, egli veniva multato in venti libbre di oro: nell'uno e nell'altro caso il reo era liberato dal giudizio. *Cit. leg. ult.* (2).

Il terzo modo di perimere l'azione criminale presso i Romani era la transazione fra il reo e l'accusatore *ne' giudizj capitali. Leg. 1. ff. de bonis eorum, qui ante sententiam etc. leg. 18. Cod. de transact.* Per ben comprendere lo spirito di questa disposizione convien premettere, che per regola generale la transazione fra il reo e l'accusatore, come quella che si opponeva al bene publico ed allo scopo delle leggi penali, era severamente proibita, cosicchè se essi attentavansi di farla, il reo avevasi per convinto (3), e l'accusatore incorreva nella pena del falso (4). Ma ne' delitti che portavano all'estremo supplizio, la legge per una certa commiserazione perdonava al reo l'aver transatto col suo accusatore, e lo riteneva come liberato da quel giudizio. *Ignoscendum ei* (dice la *cit. leg. 1. ff. de bonis eorum etc.*), *qui sanguinem suum qualiter qualiter*

(1) La legge ultima *Cod. de custodia reorum* stabilisce de' termini più brevi per l'ultimazione delle cause de' rei carcerati. Essa però appartiene a quella collezione di leggi fatta eseguire in greco idioma da Basilio il Macedone, e conosciuta sotto il nome di *libri basilici*. i cui frammenti raccolti da dotti uomini non hanno autorità nel foro. Ant. Matth. Vol. VI. pag 145.

(2) Ant. Matth Vol. 6. pag 143. ad 145. cit. edit.

(3) Leg. ult. ff. de praevaricator.

(4) Citata leg. 18. Cod. de transact.

redemptum voluit. Questa legge ha fatto nascere due questioni: 1.° se il reo che aveva transatto era liberato dalla pena, o soltanto dall'accusa; nel che sono di disparere i Dottori, ma l'opinione più probabile è che fosse liberato soltanto dall'accusa, e che quell'*ignoscendum* debba intendersi che le leggi non gli fanno alcun aggravio della conchiusa transazione: imperciocchè non è presumibile che ne' delitti capitali, la cui punizione è di sommo interesse per la Società, le leggi volessero mandare impunito il reo pel frivolo motivo che avesse transatto con l'accusatore. Dobbiam dunque reputare che fosse lecito agli altri cittadini assumere quell'azione che il primo accusatore transigendo aveva abbandonata (1). La seconda questione è se quel perdono che le leggi accordavano al reo fosse comune anche all'accusatore. Il Vinnio opina affermativamente sulla ragione che altrimenti il reo non avrebbe potuto approfittare del beneficio, che le leggi gli concedevano, di transigere, perchè l'accusatore per timore della pena se ne sarebbe astenuto. L'Anton Matteo risolve il dubbio con una distinzione dicendo, poter l'accusatore transigere impunemente col reo prima d'istituire l'accusa, non così dopo. Ma possono di leggieri mostrarsi false ambedue le opinioni. Imperciocchè in quanto alla prima è da osservarsi che le leggi romane non hanno mai inteso di accordare un beneficio al reo nella transazione, ma solo di scusarlo se vi s'induceva, ed in quanto alla seconda benchè la gratuita desistenza dall'accusa prima d'istituirla non pregiudichi all'accusatore, la transazione però che presuppone un prezzo è punita nell'accusatore, sì prima che dopo istituita l'accusa, dalle leggi 6. *ff. de leg. Jul. repetund.*, *1. ff. de calumniat.*, e *2. ff. de concuss.* Possiam dunque con sicurezza conchiudere, che l'accusatore transigendo nei delitti anche capitali incorreva le pene del S. C. Turpiliano.

(1) Ciò non ripugna all'indole del processo accusatorio, perchè non si tratta di sostituire all'accusatore prevaricante un'accusa d'officio, ma soltanto di permettere agli altri cittadini di sottentrare in luogo dell'infedele accusatore.

§. III.

Ora è tempo di trattare delle quattro questioni relative alla prescrizione accennate nel libro I. pag. 275. e riserbate a questo capitolo, cioè 1.° quali atti interrompano la prescrizione: 2.° se la prescrizione dell'azione civile emergente dal delitto pregiudichi all'azione criminale e viceversa: 3.° se il delitto possa sempre opporsi in via di eccezione: 4.° finalmente quando incominci la prescrizione dei delitti continuati, e quando quella de' reiterati.

1.° Non può adequatamente procedersi alla soluzione di alcuna delle dette questioni se non si richiama qui il fondamento della prescrizione indicato e dimostrato nel cap. IX. del primo libro. Dicemmo derivare esso da due principali cause, che sono 1.° l'estinzione della memoria del delitto che il lasso del tempo produce nella mente de' cittadini, 2.° l'offesa, che si farebbe alla giustizia col perseguire il presunto autor del delitto quando pel lungo lasso del tempo sono a lui venuti meno i mezzi di difendersi. Ora, cominciando dalla prima ricerca, è indubitato che quei soli atti interromperanno la prescrizione, che sono capaci di far risorgere nella mente de' cittadini la memoria del delitto, e di porre in grado l'accusato di produrre i suoi mezzi di difesa. Quali sono questi atti? Nel processo accusatorio de' Romani l'istituzione dell'accusa facevasi in un modo solenne e publico al maggior segno: quindi è ben ragionevole che questa producesse l'effetto d'interrompere la prescrizione, poichè faceva rivivere la rimembranza del delitto ne' cittadini; d'altronde il reo, appena accusato, poteva chiedere, che si destinasse il giorno della proposizione della causa, e così porre tantosto in atto la sua difesa. Ecco perchè Ulpiano nella *leg. 29 ff. ad leg. Juliam de adult.* stabilisce la massima che la *postulazione* del reo interrompe la prescrizione. Ma nel metodo quesitorio la procedura s'incomincia e si prosegue nel segreto: il pubblico ne viene in cognizione solo quando vede arrestato il reo: questi poi allora soltanto può difendersi quando è condotto all'esame avanti

il giudice inquirente. Quindi è che giusta i principj del diritto costituendo i soli atti capaci d' interrompere la prescrizione nel processo inquisitorio dovrebbero essere o la cattura del reo susseguita dal suo esame, o la reiterata citazione edittale, o la condanna del reo stesso in contumacia, o la condanna di lui presente, caso quest' ultimo, che presuppone la precedente abilitazione dell' accusato a difendersi a piede libero, perchè finchè egli sta in carcere e viene, com' è di legge, più volte esaminato, non può decorrere prescrizione alcuna (1).

L' interrompimento della prescrizione fa sì che tutto il tempo decorso prima di esso non giova al reo, e che dal giorno successivo all' interrompimento incomincia a decorrere la nuova prescrizione.

Dal fin qui detto è facile il dedurre che se mentre decorre la prescrizione s' incominciasse il processo contro un reo assente, ma il giudizio si emanasse quando la prescrizione è compinta, la sentenza stessa sarebbe nulla e di niuno effetto, perchè pronunciata sopra un delitto già estinto (2).

2.° Non mancarono Scrittori di cose criminali, i quali sostennero che ove la prescrizione dell' azione civile emergente dal delitto venisse a compiersi in un tempo più breve di quello fissato per la prescrizione del delitto stesso, anderebbe nel medesimo tempo a perimersi anche l' azione criminale; e questa opinione fu persino abbracciata dal dotto interpetre Anton Matteo (3). Adduce questi la ragione che sarebbe assurdo il concedere un' azione più dura a chi non può più esercitare la più mite, e che ripugnerebbe l' assoggettare un uomo a pena corporale, quando non è più lecito sottoporlo per lo stesso titolo a riparazione pecuniaria. In quanto alla prima parte di questo argomento essa sarebbe applicabile al più in quei pochi casi in cui tanto l' azione penale quanto la civile emergenti

(1) Concordano in parte il Cremani de jure crim. lib. I. part. III. cap. IV. §. XIII. ed il Carmignani elem. jur. crim. §§. 392. et 659.
(2) Cremani loc. cit. §. XIV.
(3) Vol. VI. pag. 123. cit. edit.

dal delitto non potessero esercitarsi se non se dalla persona lesa dal delitto stesso, ma non mai in tutti gli altri, in cui o l'azione può esercitarsi in via di accusa da qualunque cittadino o deve promoversi in via d'inquisizione dal Magistrato. Imperciocchè allora abbiamo due differenti attori, l'uno per l'esercizio dell'azione penale, l'altro per quello della civile, e nulla ripugna che sia tuttora in diritto di agire il primo, quando non è più in diritto di agire il secondo. In quanto poi alla seconda parte dell'argomento stesso, ne apparisce l'inefficacia al solo riflettere quanto è diversa l'indole dell'azione penale da quella dell'azione civile. La prima è istituita per la sicurezza publica, la seconda per la reintegrazione del patrimonio dell'offeso: la prima compete all'intera Società, la seconda ad un solo cittadino: la prima è irremissibile, salvo il parco uso del diritto di grazia: la seconda è condonabile ad arbitrio di chi vi ha interesse. Qual meraviglia adunque che sussista la prima, anche dopo (seppur è concepibile) ch'è cessata la seconda, e che il reo possa assoggettarsi a pena afflittiva, anche quando la persona danneggiata non potesse più per avventura perseguitare il di lui patrimonio per la riparazione del danno immediato (1)?

Facciamo ora l'ipotesi contraria e ben più facile a concepirsi, cioè che l'azione penale si prescriva in un tempo più breve e la civile in un termine più lungo. Potrà la prescrizione della prima pregiudicare alla seconda? La diversa natura delle due azioni ci porta tosto a conchiudere negativamente, e lo stesso Anton Matteo in questa parte è con noi concorde.

3.° Spesso avviene che un delitto debba opporsi in via di eccezione o in un giudizio civile, o in un giudizio criminale. Si oppone in via civile quando per esempio il proprietario espulso per forza dal suo podere, ma rientrato in possesso, eccepisse la violenza sofferta, lo chè può far sempre, benchè l'interdetto *unde vi* duri un solo anno. *Leg. 5. Cod. de ex-*

(1) Concorde è il Nani *ad Anton Matth. loc. cit. Nota* 3.

cept. Si oppone in via criminale quando per esempio un reo ad oggetto di mostrare inidoneo un testimonio che contro lui attesta, eccepisce al testimonio stesso un delitto o di spergiuro, o di calunnia, o di falsa testimonianza, ec. Ora restringendo il discorso a questo secondo caso, che davvicino ci spetta, potrà sempre opporsi il delitto in via di eccezione? Prima di tutto è d'uopo riflettere col G. C. Paulo (1) che la prescrizione pregiudica all'attore, di cui era in facoltà l'esser più diligente nell'agire, e non mai al reo, in poter del quale non era l'esser prima convenuto. In secondo luogo se il fondamento della prescrizione nei criminali giudizj deriva dalla cessata necessità di applicare la pena quando è estinta la memoria del delitto, e dal dovere di non perseguire il presunto reo quando questi pel decorso del tempo ha perduto i suoi mezzi di difesa, perchè non potrà opporsi il delitto prescritto in via di eccezione, il cui effetto è non già di applicar la pena al colpevole, ma di giovare al cittadino accusato con una eccezione legale, la quale potendo esser atta a rimovere l'errore dal giudizio, interessa non al solo reo ma alla Società intera? — In questa delicata materia però giova molto, che la legge si rimetta alla giurisprudenza de' magistrati. Imperocchè quando nella specialità del caso si scorgesse, che per la eccezione di un delitto prescritto venisse ad ottenebrarsi la fama di un onesto cittadino, al quale pel lasso del tempo siano venute meno le prove difensive, sarebbe di giustizia il rigettare la eccezione. L'opposto dovrebbe farsi se per l'indole speciale della prescrizione, che fosse per avventura di tempo medio o minimo, si avesse motivo di credere non ancora smarrite le prove della difesa. In una parola debbono i Magistrati bilanciare nelle questioni di questo genere la tutela dovuta all'eccipiente con quella dovuta all'eccepito, e procurare o di salvarle ambedue, o di preferire quella di colui, dalla cui parte vi è maggiore apparenza di buon diritto.

4.° Ora non ci resta che a vedere quando incominci la

(1) *Leg.* 5 *ff de doli mali et metus exceptione.*

prescrizione dei delitti *continuati* e quando quella dei *reiterati*. Riguardo ai secondi, siccome essi costituiscono altrettanti separati delitti, così danno luogo a tante diverse prescrizioni, quante sono le singole azioni criminose. Riguardo poi ai primi giova richiamare l'avvertenza fatta nel primo libro pag. 294. a 295., cioè, che sotto due aspetti possono i delitti chiamarsi *continuati*: 1.° *per iterazione* dell'atto come nell'adulterio ripetuto fra le medesime persone: 2.° *per indole* come in quei delitti, la cui azione è indispensabilmente *continuativa* per esempio nella bigamia, apostasia ec. Nel primo caso la prescrizione comincia a decorrere dall'ultimo atto delittuoso: nel secondo essa non può incominciare che dal punto in cui cessa l'atto costituente il delitto o per fatto dello stesso delinquente od anche per un evento fortuito. Così la prescrizione della bigamia non può aver origine che dal giorno in cui soccombe all'estremo fato l'una delle due mogli (1): la apostasia, l'eresia non si prescrivono se non dal giorno in cui l'apostata o l'eretico abjurasse l'errore: nel contratto feneratizio finalmente allora soltanto avrebbe principio la prescrizione, quando l'usurajo cessasse di percepire le usure.

Risolute così le quattro proposte questioni, che partecipano ad un tempo di diritto e di procedura, resta solo a vedersi che cosa dispongono sulla prima e sulla terza le due legislazioni pontificia e toscana. Imperocchè rispetto alla seconda ambedue le legislazioni coll'aver serbato il silenzio hanno mostrato di non ammettere, che la prescrizione dell'azione civile possa mai precluder la via all'azione criminale, poichè se i due Supremi Imperanti avessero voluto seguire l'affermativa, ne sarebbe emersa una ulteriore causa di estinzione della responsabilità penale, ch'Essi avrebbero insieme alle altre numerata ed espressa. E rispetto all'ultima nè l'una nè l'altra parlano dei delitti *reiterati*, (essendo troppo ovvio che in questi ha luogo per ciascun delitto una distinta prescrizione) ed in quanto ai delitti *continuati* il principio statuito concor-

(1) Bohemer. ad Carpzov. quaest. 141 obs. 1.

demente da ambi i Codici trovasi già notato alle pagine 282. e 283.

Sulla prima adunque il Regolamento penale Gregoriano coll' articolo 45. statuisce che *qualunque atto di processo giudiziale interrompe il corso della prescrizione, la quale incomincia di nuovo da quest'atto.* Col successivo articolo poi (46) dichiara che la sentenza *anche* contumaciale *impedisce* la prescrizione.

Sulla terza il non vedersi nel citato Regolamento penale alcuna esplicita sanzione porta a credere che il nostro Legislatore abbia voluto rimettere alla giurisprudenza de' tribunali lo accogliere l'eccezione di un delitto prescritto quando la specialità del caso mostri, che senza offesa dei diritti dell'eccepito si può verificarne la esistenza, e il farlo giova alla più sicura risoluzione del giudizio principale. E quantunque nel Regolamento di procedura vi sia un titolo, ch' è il V. del libro VII. destinato a trattare *dei delitti che si oppongono in via di eccezione*, nel quale si prescrive, (art. 519.) che attuandosi sur essi la procedura s' inviti l' eccipiente a dichiarare se vuol costituirsi parte aderente al Fisco, cosa che non potrebbe aver luogo nei delitti estinti dalla prescrizione, pure ciò non sarebbe argomento sufficiente per dedurne, che la nostra legge vieti di opporre in via di eccezione un delitto prescritto.

E qui dobbiamo aggiungere, che siccome vi hanno dei delitti, nei quali l' azione penale non può esercitarsi se non dopo il definitivo giudizio della causa civile, come esempigrazia nel falso eccepito per incidente nel giudizio civile (articolo 829. all' 840. del *Regolamento legislativo e giudiziario*) e nel crimine di fraudata amministrazione, nel quale è d'uopo far precedere all' azione criminale il giudizio civile sul rendimento dei conti, così il nostro Legislatore non ha omesso di prevedere questo caso, ed ha statuito, che al verificarsi del medesimo la prescrizione del delitto cominci a decorrere dopo il definitivo giudizio della causa civile. *Art. 48. del citato Regol.* È agevole il riconoscere la piena giustizia di questa di-

sposizione. Finchè pende il giudizio civile sul delitto resta accesa la memoria di questo, e d'altronde l'accusato può efficacemente produrre nello stesso giudizio civile tutti i suoi mezzi di difesa, che così divengono non più soggetti a deperimento. Dunque finchè pende un tale giudizio, non può concepirsi alcun decorso di prescrizione. Che se poi sul delitto non s'intraprende alcuna delle due azioni per tutto il tempo necessario a prescriverlo, è ben naturale, che in tal caso il delitto rimane estinto.

Il Codice toscano sulla prima delle questioni, che ci occupano, stabilisce coll'art. 94., che il *corso della prescrizione dell'azione penale cessa dalla pronuncia della condanna*, o *in contraddittorio*, o *in contumacia*, *ancorchè la sentenza*, *per qualsivoglia rimedio giuridico*, *rimanga inefficace*. Tre osservazioni qui dobbiam fare: 1.° Che in virtù di qu. st'articolo è manifesto, che niun atto di processo giudiziale (eccetto la condanna) interrompe la prescrizione: 2.° che attribuendo alla sola sentenza di condanna o in contradittorio o contumaciale l'efficacia di troncare il corso della prescrizione si è seguita la dottrina dei due classici Autori Cremani e Carmignani: 3.° che la clausola del citato articolo — *ancorchè la sentenza*, *per qualsivoglia rimedio giuridico*, *rimanga inefficace* è basata sopra un principio di giustizia. E difatti pongasi che Tizio venga condannato da un Tribunale di prima istanza per un delitto un anno prima, che compiasi la prescrizione. Egli ricorre in cassazione, e la sentenza per la violazione di una qualche forma sostanziale viene annullata, dimodochè si fa luogo al nuovo giudizio. Fra la prima e la seconda sentenza di merito trascorre l'anno. Potrebbe egli mai dire con giustizia, che il delitto è prescritto, e così opporsi alla seconda sentenza qualora fosse condannatoria? No: il primo giudicato, quantunque rimasto inefficace, conservò viva nei cittadini la memoria del delitto, e l'accusato fin da quel primo esperimento ebbe campo di dedurre i suoi mezzi di difesa. Fu dunque troncata legalmente in virtù della prima sentenza la prescrizione.

Alla terza pare che abbia relazione l'art. 91. statuente il principio, che non si estinguono colla quietanza dell'offeso nè colla prescrizione triennale quei delitti, che siano commessi da un toscano in un estero Stato o contro un toscano o contro un forastiero *se si perseguono per eccezione a querela di parte*. Pare che lo spirito legislativo di questo articolo possa compendiarsi nella seguente massima — *esser lecito non ostante il decorso del triennio e la quietanza della parte lesa il perseguire per eccezione un delitto di azione privata commesso da un toscano fuori del Granducato*. Ma questa non è che una semplice nostra congettura. L'illustre Professore Mori ci ha lasciato desiderare una dilucidazione in proposito.

Ci rimane solo ad aggiungere, che il Codice di cui parliamo ha nell'articolo 93. una disposizione pienissimamente conforme a quella dell'art. 48. del Regolamento Gregoriano, della quale testè sponemmo il commento.

§. IV.

La questione espressa nel titolo XXXI. lib. IX. del Codice Giustinianeo — *An civilis actio criminali praejudicet* (1) non deve confondersi con quella, che abbiamo discussa nel precedente paragrafo sotto il num. 2.; e d'altronde ha una stretta relazione coll'argomento posto in fronte a questo capitolo. Diciamo *non deve confondersi con quella*, perchè ora si tratta di vedere se la semplice istituzione dell'azione civile contro un fatto avente il carattere di delitto possa chiuder l'adito a proporre contro il fatto stesso l'azione penale, indipendentemente da ogni riguardo al decorso del tempo. Diciamo poi che ha relazione coll'attuale nostro argomento, perchè se dall'indagine che andiamo ad istituire risulterà la risoluzione

(1) Il Codice Giustinianeo dice — *quando civilis actio criminali praejudicet*; ma siccome risolve poi la questione in un senso del tutto negativo, così ci è sembrato opportuno il sostituire alla parola *quando* la particella *an*.

affermativa, almeno in qualche caso, della suesposta questione, ne emergerà un modo ulteriore per l'accusato di schermirsi dal criminale procedimento, che si volesse contro esso promovere per un fatto già dedotto nel civile giudizio.

Gl'Imperadori Valente, Graziano e Valentiniano nella *legge unica* del citato titolo dopo aver esposta l'opinione della maggior parte de' Prudenti, che concorrendo in un medesimo fatto ambedue le azioni, la criminale e la civile, possano ambedue l'una dopo l'altra esperimentarsi, senza che l'una rechi all'altra pregiudizio, qualunque sia quella, cui siasi data preferenza, si fanno ad erigere in principio di legge la detta opinione, e l'adornano con varj esempj, fra cui il famigeratissimo del cittadino espulso per forza dal suo podere, al quale è lecito agire tanto civilmente coll'interdetto *unde vi*, quanto criminalmente coll'accusa publica derivante dalla legge Giulia. Passano dipoi a statuire, che col secondo giudizio si può ritrattare la sentenza proferita nel primo. Gl'inconvenienti di quest'ultima disposizione appariranno da quanto sarem per dire in appresso.

La legislazione Gregoriana in parte concorda e in parte discorda dal Diritto romano, ma sempre con senno legislativo. Concorda quando trattasi di que' fatti criminosi, che possono essere perseguiti dai publici funzionarj indipendentemente dalla querela della parte lesa; imperocchè l'azione civile, che da questa si promuova non pregiudica l'azione fiscale per la pena. *Art. 593. del Regolamento di criminale procedura.* Discorda quando trattasi di que' delitti, contro i quali non può procedersi, che a querela di parte. Imperocchè in tal caso la persona lesa, che ha promossa l'azione civile non può più convolare al giudizio criminale. *Art. 592. del citato Regolamento.* La saviezza di ambedue i principj non è difficile a riconoscersi. Giusto è il primo, imperocchè come mai potrebbe la publica giustizia comportare, che un fatto criminale perseguibile d'officio dai funzionarj del Governo resti impunito per la sola ragione, che al privato leso venne in capo di promuovere l'azione civile? E non sarebbe allora posto in

balia di quest' ultimo il mandare impunito un delitto? E chi non potrebbe ragionevolmente temere, che l' offeso e l' offensore venissero a patti e colludessero fra loro per salvare il secondo dalla pena, che la Società ha diritto di applicare per la propria difesa?

L' opposto è nel secondo caso. Quando il legislatore ha rimesso il perseguimento di un delitto all' arbitrio del privato leso, è segno evidente che in quel crimine ha scórto esser minimo l' interesse publico e prevalere in esso l' interesse particolare, od almeno il Legislatore stesso ha avuto gravi motivi di bene publico, che lo hanno indotto a quel temperamento. In quella guisa poi, che il privato leso può sottrarre alla pena il delinquente coll' astenersi dal proporre la querela, per parità di ragione può recare a lui lo stesso vantaggio col preferire l' azione civile alla criminale. Se il primo modo non offre assurdi ed è dalla legge permesso, come potrebbe non esser permesso il secondo, che è identico quanto alla Società ne' suoi effetti? Ma non si potrebbe, dirà taluno, permettere all' offeso di perseguire l' offensore col giudizio criminale dopo esaurito il giudizio civile? No certamente per la ragione, cui siam per dire. Tranne i delitti contro l' ordine di famiglia, e le ingiurie lievi, che per speciali argomenti di convenienza politica son fatti di azione privata, cioè i primi per un rispetto alla pace domestica delle famiglie, i secondi per favorire le riconciliazioni fra i cittadini, (si noti essere inconcepibile in ambedue queste specie che il cittadino offeso agisca civilmente) in tutti gli altri crimini di truffa, o stellionato il movente, onde il Legislatore li rese di privata azione altro non è che lo scopo di render più agevole al danneggiato il conseguimento della rifazione dei danni. Ed in fatti il frodatore quando sa, che dipende dal frodato il farlo incorrere nella pena, fa ogni sua possa per indennizzarlo e così salvarsi dal castigo afflittivo. Or bene: posto che il frodato abbia preferito di agire civilmente, o egli non è riuscito nella prova del sofferto delitto, e non può essergli permesso di perseguitare coll' azione criminale il preteso frodatore, il che si ridurrebbe

ad una superflua e disconveniente vessazione, perchè ciò, cui non valse a provare nel civile giudizio, molto meno gli verrà fatto di documentarlo in sede criminale, ove si richiede maggior rigore di prova. O egli è riuscito nel suo assunto, ed allora valgasi della sentenza civile per la rivalsa dei danni, e non moltiplichi capricciosamente e inutilmente i giudizii. Diciamo *inutilmente*, perchè se il frodatore è solvibile, il frodato può essere rivalso col mandare ad esecuzione la civile sentenza; se non è solvibile il giudizio criminale si ridurrebbe pel querelante ad un mero sfogo di vendetta, cosa che la legge non può permettere. Vorrà egli forse scusarsi col dire — *io querelo per zelo dell' esempio publico*? Miserabile pretesto! Se avesse avuto un tale zelo, non avrebbe fatto precedere l' azione civile. Egli ha curato solo il suo privato interesse. Se mal glie ne incolse, imputi a se stesso.

Nè qui finiscono le assennate disposizioni della Legislazione Gregoriana in questo delicato argomento. Essa ha pensato anche a porre in armonia i due giudizj, quando l' indole del fatto criminoso sia tale da dar luogo ad ambedue le azioni la criminale e la civile o contemporaneamente o l' una dopo l' altra. Ecco il sunto dei principj legislativi in proposito. Per regola generale l' azione criminale sospende la civile. *Art. 594.* Terminato il giudizio criminale, può riassumersi il giudizio civile quante volte l' inquisito o sia stato condannato alla pena, o abbia riportata l' assoluzione per motivo, che non costa della prova atta ad infliggere la pena (*art. 595.*); non così però se il reo è stato assoluto colla clausola, che costa non essere accaduto il fatto, o che esso non lo abbia commesso, modi ambedue, pei quali il reo viene dichiarato innocente (*art. 596.*). Un esempio renderà manifesta la giustizia di tutte tre queste disposizioni. Contro Tizio crede istituito già entrato in possesso dell' asse creditario viene da Cajo crede legittimo intentata l' azione di petizione di eredità, allegando, che il primo con gravi minaccie ed atti violenti costrinse il testatore a nominarlo erede. Al tempo stesso o poco dopo l' Autorità politica venuta in cognizione di quella controversia

ordina al funzionario inquirente d'istruire su quell'asserto fatto delittuoso un criminale processo. Sospesa per ministero di legge la causa civile, procede l'azione criminale fino al relativo giudizio. Questo però può essere, come ognun vede, risoluto con quattro diverse dichiarazioni. 1.° Tizio è reo dell'imputatagli violenza, e perciò si condanna alla pena legale: 2.° Non costa abbastanza che Tizio abbia commesso il delitto, e perciò lo si assolve in via provvisoria: 3.° Costa che il delitto non è stato commesso, e perciò Tizio è dichiarato innocente: 4.° Costa che Tizio non ha praticata alcuna minaccia, alcuna sevizia contro il testatore, e perciò si proclama l'innocenza dell'accusato. Nel primo caso è ben giusto, che si prosegua il giudizio civile, perchè Cajo crede legittimo possa conseguire l'eredità usurpatagli mediante un delitto. Nel secondo deve pure proseguire la civile controversia, perocchè se il criminale processo non offrì quella prova limpida, che è necessaria per sottoporre l'accusato alla pena, rimasero però contro il medesimo dei ragionevoli sospetti, e questi possono benissimo accamparsi dall'erede legittimo a sostegno della petizione di eredità, perchè nei giudizj civili *suspicio falsi pro falsitate habetur*. D'altronde qual principio di diritto potrebbe ostare a Cajo non intervenuto nel criminale giudizio per impedirgli di produrre nel giudizio civile prove anche più limpide di quelle, che si ebbero in sede criminale, e così documentare la nullità del testamento *ex defectu voluntatis*? — Finalmente nel terzo e quarto caso la sentenza criminale fa cessare il giudizio civile, perchè essendosi colla medesima chiarito e fatto palese, che il testatore non sofferse alcuna violenza, e che il suo ultimo elogio fu il prodotto della piena e libera di lui volontà, manca di ogni fondamento l'azione istituita da Cajo. Potrà bensì Tizio chiedere a Cajo la rifazione delle spese sostenute nel giudizio civile, ma questo non può non riguardarsi cessato. La sentenza che si pronunciasse non sarebbe che un atto frustraneo, perchè non potrebbe mai essere in opposizione al risultato del criminale giudizio.

TRATTATO QUARTO

DELLE PROVE

CAPITOLO I.

Delle prove in genere.

SOMMARIO

§. 1. *Che cosa siano le prove, ed a chi incomba il produrle ne' criminali giudizj.*

§. 2. *Della loro divisione in piene e semipiene, in artificiali ed inartificiali, in legittime ed illegittime.*

§. 3. *Si esamina il parere de' Prammatici circa le prove dei delitti occulti, e dei delitti notorj.*

§. I.

Il significato più ampio che dar si possa alla parola *prova* è quello di *un mezzo qualunque produttore della cognizione certa o probabile di una data cosa* (1). Questo mezzo ora viene ricercato dal nostro intelletto senza il soccorso altrui: ora ci viene da altri somministrato. Nel primo caso succede nel nostro intelletto un procedimento d'idea in idea finchè giungiamo ad afferrar quella, in cui l'anima nostra si riposa come rappresentatrice del vero da noi ricercato: allora si veri-

(1) Romagnosi Vedute fondamentali sull'arte logica lib. III. cap. I. §. I. Giusta questa definizione può competere anche agli indizj od argomenti contingenti il nome di *prova*.

fica *l' indagine speculativa*. Nel secondo la mente nostra fa lo stesso, ma col sussidio di un terzo che ci offre i mezzi di prova, e che noi chiameremo *notificante*: e qui si verifica *la indagine storica*. Archimede che balza dal bagno gridando *inveni* per aver trovato il modo di sciogliere il quesito propostogli da Ierone era nel primo caso. Il giudice che si persuade della colpabilità di un reo per le prove desunte dalla di lui confessione, dai testimonj, dagli scritti, dagli indizj è nel secondo.

In questo secondo caso noi dobbiamo distinguere due persone: il *notificante* che porge la prova, ed il giudice che si *informa*, ossia s' istruisce per essa al ritrovamento del vero. Quinci il vocabolo molto acconcio d' *informazione* per esprimere l' effetto, cui nell' animo del giudice produce la notificazione della prova, o prove (1).

Ma in quanti modi può nascere questa *informazione* nell' animo del giudice? In due modi: o per mezzo di una esposizione, che gli si fa, del fatto da quelli sotto i cui sensi il fatto stesso è caduto: o per mezzo di uno sforzo logico che il giudice stesso fa raccogliendo più fatti staccati che gli si espongono, e combinandoli insieme per iscoprire il fatto ignoto, che non cadde sotto i sensi di alcuno. Nel primo caso si ha l' informazione *espositiva*, nel secondo la *induttiva*, appellate anche *diretta* e *indiretta*. Il Romagnosi paragona la prima alla veduta tutta intiera di un quadro, che si esponga alla vista altrui: la seconda la esemplifica nel caso di colui a cui venisse presentato il quadro diviso in tanti pezzetti variamente tagliati e posti alla rinfusa, cui egli deve insieme accozzare per formare il quadro compiuto. Si ha l' informazione *espositiva* in due testimonj *de visu* idonei e contesti che depongono del delitto, ovvero nel reo che *spontaneamente* e *circostanziatamente* il confessa. Si ha l' informazione *induttiva* negli scritti e negli indizj, da cui si desume *congetturalmente*

(1) Ecco perchè i Prammatici chiamano *informativo* il processo destinato a raccogliere le prove contro il reo.

il delitto. L'informazione espositiva ha questo di proprio, che può essere presa in considerazione dalla legge, e sottoposta ad un canone giuridico, che ne fissi il giusto valore: laddove l'induttiva non è suscettibile di questa estimazione permanente giuridica, ed è forza rimetterne il calcolo alla religione del giudice, non potendo al più la legge che fissare de' canoni negativi per circoscrivere entro qualche confine l'arbitrio del giudicante. In una parola nell'informazione espositiva si ha la *certezza della legge*, nell'induttiva la sola *certezza dell'uomo*.

Ma nell'*indagine storica* intorno ai delitti, potrebbe mai il giudice decidente essere il raccoglitore dei notificanti, ossia de' mezzi di prova? Le idee già sviluppate sull'indole dei giudizj criminali ci portano a rispondere negativamente. Imperciocchè l'adunamento de' mezzi di prova contro il cittadino imputato essendo un procedimento offensivo contro il medesimo, non s'addirebbe al giudice decidente che deve serbar sempre quel sacro carattere d'imparzialità, che è inseparabile dal suo dignitoso officio. Quindi la necessità di una terza persona che raccolga i mezzi di prova, e li presenti all'intelletto del giudice. Quale sarà questa persona?

È d'uopo distinguere il processo accusatorio dall'inquisitorio. Nel primo è l'accusatore, nel secondo il giudice inquirente. Ciò non ha bisogno di dimostrazione dopo quanto si è detto nel III. trattato.

Accennammo nel *Capitolo preliminare* a questo libro l'assioma fondamentale, d'onde deriva la massima che mancando nella prova sia l'accusatore sia il giudice inquirente deve il reo essere assoluto: cioè *l'uguaglianza dei diritti*. Qui però ci siamo riserbati di render più evidente con altri argomenti la massima stessa.

La dimostrazione ci viene presentata dal testo di Cicerone *in Partition. — nemo ejus, quod negat factum, rationem aut potest aut debet aut solet reddere*. Il negante *non può, non deve, non suole* render ragione della sua negativa. *Non può:* imperciocchè inconcepibile è in natura la prova negativa, e quelle che di negative prove hanno apparenza si risolvono in

una affermativa. I Cartesiani sostennero non esservi il vuoto in natura: che intesero essi di dimostrare? Che tutto lo spazio era occupato da corpi. Se la prova negativa non può concepirsi nelle scienze, molto meno lo può nell' indagine storica sui delitti. Chi potrebbe, esclama il Cremani, provare con testimonj e con iscritte che Tizio non commise un omicidio, o non ne diede il mandato, mentre Tizio può aver ucciso nella solitudine, o dato il mandato a viva voce? Che se talvolta per provar l' innocenza di un accusato si adduce la prova dell' *alibi*, (§. II. cap. IV. tratt. III. di questo libro) ognun vede che questa prova è *affermativa*, e l' induzione dell' innocenza nasce *per necesse*, poichè l' *alibi* e la reità sono due cose inconciliabili, cosicchè s' è vero il primo deve necessariamente esser falsa la seconda. *Non deve*: poichè se il dovesse, ciò equivarrebbe alla massima, che non provando la sua negativa, ch' è quanto dire la sua innocenza, dovesse subire una qualche pena: in questo caso egli non sarebbe responsabile soltanto del fatto proprio: ma anche del fatto altrui. Dico *del fatto altrui*, poichè finchè Cajo accusa Tizio di un delitto, e non prova la sua accusa, noi non abbiamo in essere che il fatto di Cajo che accusa, e niun fatto per parte di Tizio. Questi adunque sarebbe responsabile del fatto di quello, se per la sola accusa dovesse essere condannato. *Non suole*: poichè dai tempi più oscuri della storia fino ai dì nostri, dall' infanzia delle nazioni fino al loro maggior grado di incivilimento si è tenuto per fermo, che le Società politiche non potrebbero sussistere se un cittadino non avesse diritto di essere riputato innocente finchè non provasi la sua reità, ossia se bastasse l' accusa a rapirgli le sostanze, l' onore, la vita (1). Ecco con ciò vieppiù dimostrato l' obbligo nell' accusatore, o nel giudice inquirente di produrre le prove del delitto.

(1) Cremani de jure criminali lib. III cap. XIX. §. XIII.

§. II.

Le prove si dividono

1.° In *piene*, e *semipiene*. Il Renazzi censura questa distinzione con un riflesso più proprio della logica scientifica, che della logica giuridica. Dopo aver premesso che *la prova è* quella, mediante la quale si fa fede al giudice della esistenza di un fatto, conchiude che siccome colle prove semipiene una tal fede non viene a prodursi, così queste non meritano il nome di prove. Non riflettè peraltro il romano Criminalista, che siffatta distinzione è tutta prammatica ed indispensabile nel linguaggio del foro. Ci si presenta un processo di un reo negativo: lo incolpano però la fama, la fuga, una stragiudiziale confessione coincidente col delitto, il deposto di un testimonio idoneo *de visu*. Se io considero questi elementi di prova col sussidio della sana critica e della logica giuridica, io ne conchiudo che per essi si rende *probabile* ma non *certo* il delitto: quindi non incorro alcun errore se affermo in senso legale trovarmi nel caso d'una *prova semipiena*. Se poi mi spoglio del criterio del magistrato e mi vesto di quello proprio di ogni uomo, io giungerò forse a convincermi *pienamente* su quei dati della reità dell'accusato. Non è dunque inutile nè antilogico quel modo di dire, dappoichè serve alla sana critica forense. I nostri antichi affermavano la prova indiziaria essere sempre *semipiena*, e n'aveano ben d'onde. Noi non rigettiamo un linguaggio ricevuto nel foro, massime perchè non ripugna alla nostra definizione della prova.

2.° In *artificiali* ed *inartificiali*. Chiamansi inartificiali quelle prove, le quali senz'alcun artificio della nostra logica ci persuadono dell'esistenza di un fatto, come la prova testimoniale e la confessionale: artificiali quelle che hanno bisogno di un artificio logico per persuaderci di tale esistenza, come sono gl'indizj. Questa divisione ebbe origine dai Retori, ma non è disprezzabile nel foro. Essa corrisponde alla partizione da noi premessa nell'antecedente paragrafo col distinguere la

informazione in *espositiva*, ed *induttiva*. L'espositiva si ha nelle prove inartificiali: l'induttiva nelle artificiali.

3.° In *legittime*, ed *illegittime*. Sotto due aspetti può prendersi questa distinzione. Imperciocchè le prove esser possono illegittime o perchè riprovate dal buon senso, o perchè non riconosciute dalla legge. Di prove illegittime nel primo senso incontransi frequenti esempj ne' secoli di barbarie e di ignoranza. Vedemmo a suo luogo essersi ne' bassi tempi avuti in conto di ottimi sperimenti le così dette prove dell'acqua, del fuoco, de' duelli ec. Ma chi dirà esser prova di reità il restare offeso da un ferro rovente che si maneggi, il non poter inghiottire un grosso pezzo di pane e cacio (1), il rimaner soccombente in un duello? Simili prove adunque chiamar si denno illegittime nel primo senso. Tale pure estimar devesi il sangue sgorgante dal cadavere dell'ucciso all'approssimarsi di taluno, che avcasi or fa un secolo per indizio di reità a danno di colui che in sì mal punto erasi accostato (2). Tali finalmente il giuramento dell'accusatore, i tormenti de' servi, e la tortura de' tempi a noi più vicini. Siccome poi la libertà civile richiede che i mezzi di prova vengano scelti e stabiliti dalla legge, così se potesse concepirsi in natura un esperimento atto a scoprire la verità, ma cui la legge non autorizzasse ad usare, dovrebbe aversi in conto di prova illegittima nel secondo senso; ed illecito in questo caso sarebbe all'accusatore ed al giudice inquirente il valersene.

A quattro si riducono in oggi le prove legittime, cioè *prova per testimonj*, *confessione del reo*, *prova scritturale*, *prova indiziaria*.

(1) Sotto il regno d'Odoardo il confessore re d'Inghilterra il Conte di Kent, accusato d'aver ucciso il fratello di quel monarca, si offerse di purgarsi colla prova del *tozzo d'esecrazione*. Ma questo gli si fermò nella strozza, e il misero Conte perì. *Blackston Opera cit. cap.* 27.

(2) *Struv. de indiciis.* Merita in proposito d'esser letto il Zacchia quaest. med. leg. lib. V. tit. II. quaest VIII., il quale confuta la volgare opinione di questo indizio, e tratta la tesi da medico, da teologo, e da filosofo.

Essendo nostro dovere il trattare di ciascuna di esse distintamente, anteponiamo a tutte la prova testimoniale; poichè le altre tre ricevono da essa un indispensabile soccorso. Vedremo infatti in progresso che la confessione del reo non acquista piena fede se non coincide colle circostanze del fatto quale realmente avvenne, e queste circostanze solo per testimonj si provano. Vedremo che le scritture non provano la reità se non in quanto n'è accertato l'autore, ma questa prova non può farsi se non col mezzo o di testimonj, o di periti, o di confessione del reo stesso, che infine riducesi anch'essa ad una testimonianza. Vedremo infine che gl'indizj essendo *fatti noti*, da cui si deduce l'ignoto, hanno bisogno per esser tali d'essere provati, e provar non si possono se non col mezzo di testimonj o della confessione del reo. Ecco giustificata la preferenza da noi data nell'ordine alla prova testimoniale.

§. III.

Fu opinione de' Prammatici, che ne' delitti *occulti*, ossia *di difficile prova*, fossero sufficienti le imperfette prove e le leggiere congetture per condannar l'imputato. Essi di questa guisa ragionavano. *Non facile è nei delitti occulti aver prove che l'animo convincano del giudice decidente: dunque ei deve contentarsi di ciò che potè raccogliersi in aggravio del reo, e porre il veemente sospetto in luogo di convinzione.* Simile raziocinio confonde l'indole del delitto col sistema delle prove, le funzioni legislative colle giudiziarie, violenta la coscienza dei giudici, espone infine l'innocente alla calunnia, all'oppressione, alla pena (1). Esso si risolve nel dire: *tal fatto storico è avvolto nelle più dense tenebre: dunque devo persuadermene sopra deboli argomenti.* Quanto ciò sia assurdo non è chi no 'l veda. L'indole occulta di alcuni delitti autorizza bensì il Legislatore ad accrescere proporzionata-

(1) Filangeri Scienza della legislazione lib. III. part. III. cap. XLI.

mente la pena, affinchè l'efficacia della penale sanzione acquisti dal lato della intensità ciò che perde in ragione dell'incertezza (lib. II. cap. II. §. II.); ma non potrà mai alterare i principj della logica giuridica, e fare che ciò ch'è incerto aver debbasi per certo.

Cresce l'assurdità se una tal massima si voglia applicare ai delitti atroci. Eppure Carpzovio lungo tempo venerato nel foro la insegnava in questi termini — *in atrocissimis etiam leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi.* Beccaria chiamò questo principio *un ferreo assioma dettato dalla più crudele imbecillità* (1). E per verità una foggia siffatta di ragionare racchiude una contradizione in termini equivalendo al dire *più il fatto è incredibile, più facilmente dovrà credersi.* I delitti atroci ripugnano maggiormente alla umana natura: essi sono come altrettanti fenomeni morali che segnano a grandi distanze la loro comparsa: più escono dal corso ordinario delle cose, più vuolsene dubitare. Non lasciamoci illudere nè da un falso zelo di vendetta nè da una male intesa smania di difesa sociale. Persuadiamoci che la Società non è mai efficacemente difesa, se non quando s'applica la pena ov'è la certezza del reato. Il ripeterò anche una volta: *la condanna di un innocente è un'impunità canonizzata dalla solennità di un giudizio.*

Non mi tratterrò finalmente a confutare l'altro assurdo di pochi ineruditi Prammatici, che vollero bandire ogni solennità di giudizio nella prova de' delitti notorj, di quelli cioè che *coram populo committuntur.* Se il giudice non può avere se non se la certezza morale del fatto, su cui deve giudicare, se questa certezza morale non può nascere in lui che da prove legittime assunte giusta i metodi stabiliti dalla legge, il preterir questi metodi è un pretendere che il magistrato giudichi *ex informata conscientia*, è un violare le più sagrosante guarentigie della civile libertà, e della sociale sicurezza.

(1) Dei delitti e delle pene § XIII nota 1.

CAPITOLO II.

Della prova testimoniale.

SOMMARIO

§. I.

Le umane intelligenze non sono in immediata comunicazione fra loro. Avvolte anzi in un frale soggetto alle leggi dell'inerzia, esse non potrebbero parteciparsi vicendevolmente i pensieri, i bisogni, i desiderj, se l'Essere degli esseri sollecito della loro felicità e perfezione non le avesse rendute capaci di voci articolate, atte a significare gli oggetti esteriori e le idee. Queste voci articolate costituiscono il *linguaggio*, il cui sviluppo vedemmo a suo luogo operarsi per gradi prima nella infanzia, quindi nella puerizia, e per ultimo nell'adolescenza. Il bambino bienne fra i puerili scherzi addestrasi a chiamar pane il più comune alimento che gli vien porto, a chiamar

madre l'amorosa genitrice che il guida, a chiamar fuoco lo elemento che lo riscalda, e di cui l'esperienza gli fa sfuggire il contatto: in una parola formasi a poco a poco nell'anima umana una sì tenace associazione fra le cose ed i segni rappresentativi di esse, che al veder le prime o al rammentarcele, subito ci vien sul labbro il vocabolo destinato a rappresentarle. Quindi *l'espressione de' segni viene naturalmente ed abitualmente eccitata, e l'uomo senza pensarvi l'asseconda per quella stessa ragione e per quella stessa legge ch'egli ripete gli atti tutti abituali* (1). Conseguenza del fin qui detto si è non esservi bisogno di un interesse perchè l'uomo s'induca a dire il vero. Vediamo ora s'egli abbia alcun ostacolo a superare per dire il falso.

La menzogna presuppone due sforzi della volontà, consistente il primo nel reprimere l'impulso naturale della veracità, consistente il secondo nel fabbricare la bugia; sforzi da cui l'uomo ripugna per la sua legge d'inerzia. Ecco dunque due ostacoli naturali, che allontanano l'uomo dal mentire. Se poi a tutto questo si aggiungano la difficoltà dell'invenzione, la facilità che si scopra la bugia e il pericolo in ciò del mendace di perdere la publica estimazione, sarà forza convincersi che senza un interesse a mentire l'uomo è sempre veritiero, ossia che esso può bensì essere *gratuitamente veridico*, ma non può essere *gratuitamente mendace*. D'altra parte però l'esser l'uomo veritiero presuppone 1.° che i di lui sensi siano atti a percepire le cose quali infatti avvennero, 2.° che egli non sia stato ingannato nè da fallaci apparenze fisiche, nè da illusioni appositamente create per trarlo in errore, 3.° ch'egli non abbia alcun interesse a dire il falso, poichè se questo in lui concorre gli fa per l'impulso dell'amor proprio superare agevolmente tutti i ritegni, che si oppongono alla menzogna.

Ogni uomo adunque atto a conoscere la verità, e non

(1) Romagnosi Vedute fondamentali sull'arte logica: libro III. cap II. § 4.

illuso, nè *interessato a travisarla* sarà un testimonio degno della nostra fede, sarà un testimonio *idoneo*. L'inidoneità adunque, il sospetto contro il testimonio non può sorgere che in uno di questi due casi: o s'egli *potè essere ingannato*, o s'egli *ha interesse d'ingannare*; interesse però che nelle persone demoralizzate esiste presuntivamente. Nel primo caso si verifica in lui *il difetto d'intelletto*, nel secondo *il difetto di volontà*. A questi due sommi capi si riducono tutte le eccezioni immaginabili, che addurre si possono contro i testimonj. E qui cadono in acconcio le querele del Filangeri sulle sanzioni del Diritto romano intorno alla prova testimoniale. *Le romane leggi*, dice quest'illustre Scrittore, *vollero troppo individuare le eccezioni de' testimonj*, *e questo produsse due gravi disordini. In alcuni casi le eccezioni della legge non bastavano*, *in altri erano eccessive. I giudici erano a vicenda ora ristretti dalle tante eccezioni*, *che rendevano impossibile l'appuramento del fatto*, *ed ora obbligati a riparare ed a supplire al difetto della legge. Le leggi debbono essere quanto più si può generali; a misura ch' esse particolarizzano più*, *esprimono meno* (1). Su di che sarebbe stato opportuno il distinguere le varie epoche del romano diritto, e non lasciare inosservato, che i giudici popolari non ebbero altro freno alla convinzione che la propria coscienza; ond'è che il sovra notato difetto sorse quando la criminale giurisdizione era già passata nei Magistrati creati dal Principe. Del resto l'osservazione del Filangeri in massima non può esser più giusta. Lo sminuzzar troppo è grave difetto nella legge; ed un principio generale fondato sulla retta ragione è sommamente preferibile a tanti canoni parziali. Il primo conviene alla Scienza ed al semplice e maschio linguaggio del Legislatore: i secondi arrestano i progressi scientifici, ed imprimono nella legge la funesta necessità delle chiose e de' commenti.

Qui sottentra una ricerca. Se ogni uomo, in cui si esclude la possibilità d'essere ingannato e la volontà d'ingannare, è

(1) Scienza della legislazione lib. III. part. II. cap. XV. nota I.

testimonio idoneo, basterà un sol testimonio a costituire la certezza legale della reità di un cittadino accusato? E se non basta, qual numero di testimonj idonei si richiederà per formare la detta certezza?

Negli affari meno importanti della vita noi bene spesso ci appaghiamo dell'assertiva di un sol testimonio degno di fede per persuaderci pienamente di un fatto. Ma nei giudizj criminali, in cui bisogna conciliare la sicurezza publica colla privata, in cui il conseguimento di questa duplice sicurezza dipende dall'escludere per quanto è possibile ogni pericolo di errore nell'applicazione della pena, potrebbe mai adottarsi quel principio da cui ci lasciamo guidare nelle nostre bisogne di minore momento? Prima di tutto è da osservarsi, che allorchè un sol uomo ci narra un fatto, che dice da lui veduto, non è mai perfettamente esclusa la possibilità, che i di lui sensi siano stati illusi. In secondo luogo per quanto sia certo che un uomo senza un interesse a mentire non mente, potrebbe quest'interesse, di cui niuna traccia apparisce, esistere occultamente. Le antipatie e simpatie, le occulte inimicizie, le emulazioni nate dall'esercizio di una stessa arte o mestiere, offrono esempj d'interessi occulti a mentire. Che si esige adunque ad escludere la possibilità dell'illusione de' sensi e dello interesse a mentire nel narratore di un fatto? Si esige che il fatto stesso sia concordemente narrato nell'egual modo da un altro testimonio. Allora svanisce il dubbio dell'illusione de' sensi, poichè può bensì rimaner illuso un sol uomo, ma è moralmente impossibile senza uno studiato e preparato artificio (lo che difficilissimamente avviene ne' delitti) che due uomini, atti a percepire co' loro sensi lo stato delle cose, siano al tempo stesso illusi. Svanisce il dubbio d'un interesse occulto a mentire, poichè è molto improbabile che la bizzarra sorte lo abbia fatto concorrere al tempo stesso in due uomini, senza che nè il giudice, nè il reo, nè il difensore ne abbiano potuto raccorre un qualche elemento di prova. Dippiù due testimonj separatamente esaminati e sagacemente interrogati è moralmente impossibile che perfettamente coincidano nelle più

minute circostanze del fatto, quando la verità non sia la guida del loro labbro. S'essi in tutto coincidono, sono dunque veritieri. Allora l'idoneità presunta diventa provata. Ecco il vero motivo, per cui il Diritto divino positivo, e le leggi umane dal punto che comparvero traccie di politiche Sooietà sulla terra fino a' tempi nostri richiesero sempre il concorso di due testimonj per costituire la prova legale della reità di un accusato (1).

Ora deve ricercarsi il perchè ne' giudizj criminali, che sono di tanta importanza, le leggi appagansi del deposto di due testimonj, mentre in alcuni affari civili come nei testamenti, nelle donazioni, che sono al confronto di minore momento, ne esigono un numero assai maggiore. La ragione discende dalla diversità che passa fra una prova che il cittadino per obbedire alla legge può cautamente procurarsi, ed una prova offerta dal caso. Il cittadino che si dispone ad un testamento ad una donazione va in traccia dei testimonj, li prega, e facilmente li aduna. Li evita al contrario con accuratezza il reo che delinque. Si può adunque imporre al primo una cautela di prova che si crede utile al bene sociale. Non si può contro il secondo esigere maggior prova di quella che costituisce la certezza morale e legale del fatto. Questa certezza si ha dal deposto di due testimonj idonei e contesti: dunque il richiederne un numero maggiore sarebbe un aprire il varco all'impunità, e lasciare la Società indifesa.

Premessi questi generali principj, vediamo in quanti casi

(1) Montesquieu credette trovar la ragione della necessità di due testimonj in questo raziocinio: *un temoin qui affirme et un accusé qui nie font un partage; et il faut un tiers pour le vuider. Esprit des lois liv. XII. chap III.* Carmignani chiama questa ragione più speciosa che solida. E per verità dato un testimonio presuntivamente idoneo e per intelletto e per volontà che affermi un fatto contro un reo negativo, vi sarà sempre maggior probabilità che dica il vero il testimonio di quello che il reo, mentre questi ha un interesse a negare il delitto, dove nel testimonio non si scorge un interesse a mentire. Ma, lo ripeto, questa sarà una probabilità, e non mai una certezza.

si verifichi il *difetto d'intelletto* ne' testimonj, ed in quanti *il difetto di volontà*. Il primo concorre ne' dementi, ne' sordi e muti dalla nascita, negl' infanti, negl' impuberi, e secondo la opinione di alcuni anche ne' minori e nelle femmine. Potrebbe dirsi in generale che questo difetto concorre in tutti quelli, nei quali è esclusa o almeno *notabilmente* diminuita la responsabilità morale per le azioni contrarie alla legge. Il secondo può scaturire o dalla persona dello stesso deponente, o dalla violazione delle forme, o dal tenore della testimonianza, e perciò è di tre sorta: *defectus in persona*, *defectus in forma*, *defectus in dicto*.

Il difetto d'intelletto è sempre *manifesto*. Il difetto di volontà ora è *manifesto*, ora è *presunto*: di qui nasce la distinzione dell' inidoneità de' testimonj in *manifesta* e *presunta*; distinzione di cui vedremo i vantaggi nel progresso di questo capitolo.

I testimonj poi privi del difetto sì d'intelletto che di volontà chiamansi *idonei*, *classici*, *maggiori d'ogni eccezione*; quelli in cui l'uno o l'altro concorre, benchè solo presuntivamente, diconsi *inidonei*, *fallaci*, *sospetti*.

§. II.

Essendo indubitato che la mancanza di quelle psicologiche facoltà, per mezzo di cui si formano i raziocinj, ci rende inabili a scorgere il vero, e molto piu a comunicarlo agli altri, non può muoversi dubbio sull' inidoneità a fare testimonianza dei dementi (qualunque sia il grado della demenza lib. I. cap. VI. §. 3.), non che dei sordi e muti dalla nascita. Si restringerà dunque il nostro discorso 1.° agl' infanti, 2. agl' impuberi, 3.° ai minori, 4.° alle femmine.

1.° Gl' infanti benchè fossero prossimi a compiere il settimo anno devono aversi assolutamente per testimonj inidonei *d'inidoneità manifesta*. Il non perfetto sviluppo del loro intelletto, che li rende suscettivi d'essere agevolmente illusi dallo aspetto delle cose, la somma facilità di sedurli d'ingannarli,

non permette che dal loro labbro dipender si faccia oggetti sì preziosi quali sono la libertà, l'onore, la vita del cittadino accusato. Ho udito uomini di studio ma di poca esperienza esclamare: *io credo più ad un fanciullo, che ad un uomo provetto*. Oh quanto sono essi abbacinati! Quand'anche fosse vero che il fanciullo avesse minor volontà d'ingannare, sarebbe però mille volte maggiore in lui la probabilità d'essere ingannato e sedotto: ingannato per l'immaturità dell'intelletto: sedotto per l'imperfezione delle idee morali. Un pugno d'oro non basterà a corrompere un uomo provetto, su cui la religione esercita il suo impero: un frutto, un trastullo puerile basterà a far mentire un fanciullo, che non conosce l'importanza della sua menzogna.

Un'altra riflessione mi piace di aggiungere. Più l'intelletto dell'uomo è incolto, più la di lui immaginazione è fervida ed atta a crear chimere, ad ingigantire le cose. I prodigiosi fatti della Mitologia, parto della ferace fantasia de' popoli infanti, ne porgono infiniti esempj. Questo effetto si manifesta ne' fanciulli. Essi tendono al grandioso al maraviglioso, come vi tendeano i popoli de' tempi eroici. Esagerano adunque senza pur avvedersene quel che hanno visto o udito. Altro argomento per persuaderci quanto infida scorta sia la loro testimonianza.

2.° Le ragioni addotte per escludere la testimonianza degl'infanti valgono fino ad un certo segno a dimostrare la poca credibilità, che meritano i detti degl'impuberi. Questi, specialmente se distano d'alcuni anni dalla pubertà, sono suscettivi d'esser illusi, di esser sedotti, sono disposti alla fantastica amplificazione delle cose. Un argomento poi di non lieve peso sulla equivoca fede degli impuberi lo somministra il consenso universale delle legislazioni europee nel non deferire ai medesimi il giuramento (1). Non è qui il luogo di discutere

(1) Senza distinzione fra sesso maschile e sesso femminino le leggi vietano di deferire il giuramento a chi non ha compiuto il 14. anno. Concorda l'art. 256. del Regolamento di procedura criminale.

se il giuramento sia idoneo o no a corroborare la fede de' testimonj: questa questione sarà fra poco da noi discussa. Ma intanto io chieggo: perchè non si deferisce il giuramento agli impuberi? Non per altro se non perchè non si credono capaci di comprendere l'importanza di un atto così solenne e santo. Ora se negl'impuberi la legge presume l'imcapacità di comprendere la santità di una formola, con cui si chiama l'Ente Supremo in testimonio della verità, quantunque le idee religiose sogliansi la Dio mercè imprimere in precedenza d'ogni altra nelle menti de' fanciulli, è chiaro che non può nemmeno presumersi in essi la cognizione della somma importanza di un criminale giudizio e delle conseguenze che da esso discendono a vantaggio o a danno del publico e del privato. Questi argomenti ci convincono della *manifesta* inidoneità degl'impuberi a testificare e del pericolo sommo, in cui s'incorre, nel prestar loro fede (1).

3.° All'età impubere sussegue l'*età minorile*, che giusta le vigenti sanzioni estendesi fino all'anno *ventesimoprimo* negli affari civili, e fino all'anno *vigesimo* negli affari criminali. Le leggi romane benchè ammettessero il cittadino appena giunto alla pubertà a far testimonianza negli affari civili, e persino ne' testamenti (*Leg. 21. Cod. de testamentis*), pure lo dichiararono incapace di far fede ne' criminali giudizj se non aveva compiuto l'anno ventesimo (*Leg. 20. ff. de testibus*): tanta era l'importanza che attribuivano alle criminali controversie, e il sospetto con cui riguardavano l'inconsideratezza della età. Tuttavia questa sanzione è in oggi derogata, ed una ragione plausibile può addursene nel più rapido sviluppo delle facoltà mentali che il decorso de' secoli ha portato, il succedersi dei quali rende di tanto più precoce la energia intellettuale di quanto abbrevia la nostra caduca esistenza.

4.° Fra le ingiustizie, che commetter sogliansi a disca-

(1) Veggasi l'art. 257. del Reg. di P. C. ove si prescrive che gl'impuberi siano sentiti *a semplice schiarimento*.

pito del bel sesso, deve annoverarsi pur quella di escluder le femmine dal fare testimonianza nelle criminali controversie. Non mancarono Scrittori che le riguardarono come inabili a far fede in qualunque criminale giudizio. Altri più moderati le esclusero soltanto ne' delitti capitali. I primi e i secondi fecero uso d'un argomento *a potiori* dicendo che se le femmine sono escluse dal far testimonianza ne' testamenti, a maggior ragione il saranno ne' criminali giudizj, come negozj di assai maggiore momento. Non rifletterono peraltro questi Scrittori, che l'esclusione delle femmine dal far testimonianza nei testamenti deve ripetersi dall'origine storica di essi, ossia dall'antico uso di farsi i medesimi ne' comizj, dai quali le femmine erano escluse (1). Antonio Matteo, a togliere ogni dubbio sull'ammissibilità delle femmine a far testimonianza ne' capitali giudizj, fece uso dell'argomento *a contrario sensu* dicendo che se la legge Giulia *de vi publica*, che di delitti capitali ragiona, esclude dal testificare la femmina conducente vita meretricia o per adulterio dannata, è forza conchiudere ammettersi tutte le altre a deporre ne' giudizj benchè capitali: argomento ch'era già stato fatto da Paulo nella *leg. 18. ff. de testibus*, e da Ulpiano nella *leg. 20. §. 6. ff. qui testam. facere possunt.* Ai termini poi del Diritto costituendo è agevole il riflettere che i delitti s'aggirano su cose di fatto, cui lo intelletto della femmina, comunque voglia supporsi meno colto a confronto del sesso maschile, è atto a discernere; e per conseguenza quando sia escluso da esse almeno presuntivamente l'interesse d'ingannare (condizione essenziale a render classico qualunque testimonio) dovranno aversi indubbiamente per idonee a far fede ne' criminali giudizj indistintamente.

§. III.

Dicemmo che il difetto di volontà ne' testimonj può nascere o dalla *persona*, o dall'*ommissione delle forme*, o dal

(1) Perezii Instit. Imper. Lib. II, tit. X.

detto. In quanto alla *persona* si verifica l'inidoneità in quattro casi, cioè I. se non godono la publica stima: II. se furono dannati per un delitto che presupponga l'abito di mentire: III. se hanno una relazione colla controversia che si agita: IV. se hanno relazione colle persone che stanno in giudizio.

I. Sono persone prive della publica stima 1.° i mendici validi, i vagabondi, e quelli che non rendono ragione del loro genere di vita: 2.° le meretrici: 3.° i lenoni.

Ripugna al buon ordine politico, alla morale publica, che chiunque è privo del *valore sociale* sia ammesso a far fede nei criminali giudizj. Prive del valor sociale sono appunto le persone superiormente indicate in 1.° luogo: prive lo sono quelle indicate in 2.° e 3.° luogo, poichè non è in convivenza colla Società chi ritragge la propria sussistenza dalla immoralità e dalla corruzione. Il cavalier Filangeri inclina a credere che ogni testimonio sia idoneo, quando sia atto co' suoi sensi a discernere la verità, e quando non si provi in lui un interesse ad ingannare. Egli appoggia la sua opinione al riflesso che un delitto avvenuto in un lupanare in un luogo di pena non può avere altri testimonj che le meretrici, i lenoni, oppure i servi della pena; argomento che equivale al seguente: *io non posso venire in cognizione di un fatto se non col credere a chi è indegno di fede: dunque devo accordar la mia fede a chi non la merita*. Ma non bisogna credere con questo Autore che l'esser atto fisicamente a conoscere la verità e non interessato *manifestamente* a tradirla basti per costituire idoneo il testimonio. Ricordiamoci che vi è un'inidoneità *presunta*, cui le leggi non possono trasandare. Chi può assicurare che il mendico valido, il vagabondo, il nullatenente, la meretrice, il lenone non siano subornati, o che la smania di trarre altrui nell'obbrobrio in cui sono essi sepolti non gl'induca a tradire il vero? Ma dunque, ci si dirà, che disporrà la legge rispetto a quei delitti, di cui parla il Filangeri, i quali per l'indole del luogo, ove accaddero, non ammettono se non testimonii inidonei? Essa dovrà ricercare nel numero, nella rigorosa coincidenza dei detti, nel concorso di taluni

particolari estremi, che rendono più improbabile la menzogna, quella certezza veramente tale, che due testimonj idonei e contesti produrrebbero. In luogo del numero duale de' testimonj ne richiederà tre o quattro per provare il fatto principale o gl' indizj: inculcherà rigoroso analitico esame dei testificanti; costante separazione di essi durante la procedura e cose simili. La sanzione del Codice Estense da noi riportata alla pag. 630. di questo volume offre un esempio pratico di quanto diciamo.

Le leggi romane escludevano dal far testimonianza, oltre le meretrici e i lenoni, quelli che locavano la propria opera per combattere colle fiere nell' anfiteatro (1): argomento certissimo ch' esse riconoscevano l' *inidoneità presunta*, e rigettavano la testimonianza di quelli in cui la medesima concorreva. Che se tutti gli altri infami, sia che il fossero per fatto sia per diritto, non erano esclusi in modo assoluto dal testificare, come può raccogliersi dalle leggi 3. e 13. *ff. de testibus*, e come osservò il chiarissimo Ubero *in Praelection. ad hunc tit.*, è però notabile che le romane leggi non lasciarono di ammonire i giudicanti a stare in guardia contro le deposizioni dei medesimi. Il non aver poi vietato ricisamente di prestar loro fede è a credersi, che sia derivato da quella inconsiderata prodigalità d' infamia, che con disdegno notammo già nel §. V. cap. VI. del libro II., la quale avrebbe importata una troppo ampia esclusione di testimonj, se tutti i notati di infamia avessero incorsa la *intestabilità*. Sembra però che questa soverchia indulgenza verso i testimonj inidonei fosse in seguito corretta dalla *leg. ult. Cod. de probation.*, ove il legislatore parlò in tal guisa: *state in guardia voi che vi erigete in accusatori de' cittadini, mentre se addurrete testimonj inidonei, scritte inautografe, o indizj torbidi ed equivoci, vi sovrasta il pericolo d' essere come calunniatori puniti.*

II. I delitti che presuppongono l' abito di mentire sono: la calunnia, lo spergiuro, la falsa testimonianza, l' omicidio

(1) L. 3. ff. de testibus §. lege julia.

proditorio, il furto, ogni specie di falso, ed altri simili se pur v'hanno. Non v'è bisogno d'argomenti per provare che in tutti i rei di siffatti delitti concorre l'inidoneità *manifesta*.

III. La relazione colla controversia si verifica 1.° ne' socj del delitto: 2.° in quelli che depongono a propria esonerazione: 3.° nell'accusatore, nel querelante, nel delatore, nel nunziatore: 4.° finalmente ne' difensori delle parti. Le persone indicate nelle tre prime categorie sono inidonei d'inidoneità *manifesta*; e la ragione è sì palese, che non occorre indicarla. Quelli della quarta sono esclusi dal testificare per un motivo d'alta importanza derivante dall'indole del nobile loro ministero. Questo infatti non comporta, ch'essi siano indotti nè a favore nè contro il loro cliente. Non a favore, perchè non deve la legge esporli alla censura d'aver sacrificata la verità all'amore del loro patrocinato: non contro, perchè se mai si trovassero nel caso, per obbedire ai dettami della coscienza, di esporre cose nocevoli al proprio cliente, il forzarli a parlare sarebbe una immorale coazione avversa all'inviolabile dovere naturale, che ogni consigliere ha di non tradire i segreti del consigliato (1).

Ora prima di passare alla *quarta* causa d'inidoneità *ex persona*, ci è d'uopo trattare una questione intorno al socio del delitto.

Alcuni Scrittori ammettendo l'inidoneità del socio del delitto quando è negativo e tenta di rovesciare sopra altri la responsabilità del delitto, hanno creduto poterglisi prestar fede quando è confesso ponendo fidanza nel dire che non potendo più esonerare se stesso cessi in lui l'interesse d'inviluppare altrui nella sua colpa. Il quale riflesso apparirà bentosto più specioso che solido a chiunque consideri, che chi ha potuto incolpare l'essere più intimamente seco collegato qual'è se stesso, più facilmente sarà proclive ad incolpar gli altri; che il reo confesso sovente si pasce del barbaro piacere di trarre

(1) Tale infatti è la massima del Diritto canonico, come si ha dalle Decretali nel cap. *insuper statuimus*.

i coimputati nell' abisso, in cui s' è ingolfato; che non di rado col crear soej alla sua colpa spera diminuire l' entità del suo reato e aprirsi la strada ai riguardi della punitiva giustizia. Ma quel che termina di convincerci dell' inidoneità del socio del delitto a far testimonianza a carico altrui è il pensare che l' amor proprio del reo confesso trova il suo tornaconto nel far credere che non egli solo sia stato capace di quel delitto, di cui non può più trarsi di dosso la macchia. Per la qual cosa stimo degna di eterne laudi la legge degli Imperadori Onorio, e Teodosio che proscrissero ricisamente la testimonianza del reo confesso a danno altrui (1).

Che se poi il reo confesso riunisce in sè anche la qualifica d' *impunito*, allora cresce a dismisura il sospetto su tutto ciò ch' egli depone. E per verità che cosa è un impunito? *È un delinquente che compra la propria salvezza al prezzo di dover additare in altri la correità del suo delitto.* Egli pertanto ha il massimo degl' interessi concepibili ad accusare altrui. Se ci si provasse che un testimonio ha ricevuto una vistosa somma di denaro per deporre a carico di un inquisito, qual fede presteremmo ai di lui detti? Eppure l' interesse di questo testimonio sarebbe infinitamente minore di quello che induce l' impunito a fare i suoi riveli. Ma dunque, dirà taluno, è inutile l' accordare l' impunità ai complici. Siffatta conseguenza non è logica. Giova senza dubbio l' udir la voce dello impunitario, perchè questa può dare alla giustizia indagatrice una guida, che forse altrimenti ella non potrebbe procacciarsi; ma quella voce sospetta non può mai aversi qual criterio di

(1) Ecco le parole della legge — *Nemo tamen sibi blandiatur objectu cujuslibet criminis, de se in quaestione confessus veniam sperans propter flagitia adjuncti, vel pro communione criminis consortium personae superioris optans, aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte satiandus, aut eripi se posse confidens, aut studio, aut privilegio nominari; cum veteris juris auctoritas de se confessos ne interrogari quidem de aliorum conscientia sinat. Nemo igitur de proprio crimine confitentem, super conscientia scrutetur aliena.* Leg. ult. Cod. de accusation.

verità. Corrasi pur dunque sulle vie, che l'*indice* addita a giustificazione de' suoi detti; ma tutto ciò che non sarà legalmente verificato, tutto ciò che non avrà altro appoggio che la sua asserzione, si rigetti come insussistente, come falso, come parto del suo interesse a procurarsi la libertà o almeno la salvezza contro il sommo rigor della legge che lo percuote.

IV. La relazione colle persone che stanno in giudizio si verifica 1.° ne' consanguinei ed affini dell'accusatore, del querelante, o del reo: 2.° negl'inimici: 3.° ne' domestici, nei salariati, ne' soggetti in qualunque modo all'autorità di quello, a cui favore depongono: 4.° in coloro che ricevettero un prezzo per deporre, o in qualunque altro modo furono subornati: 5.° in quelli che, non citati, ultroneamente si presentano a deporre. In questa classe taluni collocano anche gli amici e quelli che in altro giudizio già deposero contro il reo.

1.° In quanto ai consanguinei ed affini primaria massima sanzionata dalla ragion naturale, dal romano Diritto (1), e dalle nostre leggi (2) è che i discendenti non siano mai ammessi a testificare contro gli ascendenti e viceversa. La ragione di questo inviolabile principio non è già il timore che essi deponendo per avventura contro il consanguineo tradiscano il vero, ma è il rispetto che le leggi positive devono ai vincoli di sangue, alla società di famiglia, primo elemento della società politica. Qual mostruoso assurdo infatti non sarebbe il vedere un figlio deporre contro il padre, ovvero il padre contro un figlio, ed essere l'uno o l'altro stromento di quella pena che andasse a percuotere un capo, a cui il testificante dovesse amore e riverenza, od anche soltanto amore? Quale offesa non ne sentirebbe la publica morale?

(1) *Leg.* 6. *Cod. de testibus.* Nelle Pandette *leg.* 9. *ff. de testibus*, si legge — *testis idoneus pater filio, aut filius patri non est*; ma il contesto di questa sintassi contempla la testimonianza a favore e non quella che potrebbe farsi in contrario. Più acconcia al caso nostro è la citata legge del codice: in essa si stabilisce che l'ascendente, anche volendo, non si ammetta a deporre contro il discendente e viceversa.

(2) Art. 259 del Regolamento di procedura criminale.

Ma la società di famiglia non si compone soltanto di ascendenti e discendenti: essa si compone anche di conjugi, di collaterali, e di affini. Ciò suggerì al Diritto romano la massima, che non potessero astringersi a far testimonianza contro il reo nè la moglie di lui nè i di lui consanguinei ed affini fino al quinto grado inclusivamente (1). Questa massima fu abbracciata anche dalla Gregoriana legislazione, restringendola però al terzo grado per i consanguinei, ed al secondo per gli affini, ad oggetto di non render troppo scarse e difficili le prove dei delitti.

Due notabili differenze esistono fra l'antica legge, e la odierna intorno alla testimonianza de' componenti una stessa famiglia. La prima è che le odierne leggi escludono genericamente la testimonianza del conjuge contro il conjuge, mentre le leggi romane permettevano che si assumesse la testimonianza del marito contro la moglie, ed escludevano quella della moglie contro il marito non in ragione del vincolo, ma in ragione dell'autorità che il secondo aveva sulla prima (2). Della qual differenza trovasi la ragione storica nella maggior dignità, a cui in oggi è innalzato il nodo conjugale. La seconda è che dicendosi nel romano Diritto *ne invito denuncietur ut testimonium dicat*, ne discendeva che se gli affini ed i consanguinei collaterali non ricusavansi di prestarsi a far prova in favore dell'accusatore, venivano ascoltati a pregiudizio del reo, laddove oggi non possono essere sentiti, se non indotti dallo stesso inquisito (3): differenza che emana dal carattere di dignitosa imparzialità che distingue la ricerca d'ufficio al confronto dell'impetuosa e fervida accusa (4).

(1) *Leg.* 4. *ff. de testibus*. Questa legge vietava ancora di astringere il liberto a far testimonianza contro il patrono, e viceversa.

(2) Gothof. ad leg. 4. ff. de testibus lit. p.

(3) Veggasi l'art. 258. del Regolam. di procedura criminale.

(4) Non era certamente molto dicevole all'accusatore il trarre dagli attinenti dell'accusato gli stromenti per opprimerlo, ma molto più disdicevole ciò sarebbe alla Società, che cauta e umana ad un tempo procede colla ricerca d'ufficio.

Qui sorge la necessità di una ricerca. Gli ascendenti, e discendenti, i conjugi, consanguinei, ed affini, la cui testimonianza non può assumersi contro il reo, dovrà ammettersi a favore del medesimo? Se si considera quanto interessa al bene sociale il provare l'innocenza degl'inquisiti (Tratt. III. cap. IV. §. III.), se si considera che molte circostanze di fatto non possono dal reo provarsi se non mediante testimonj di famiglia, se si considera che il reo nel processo quesitorio è isolato da ogni comunicazione, e che inducendo i proprj attinenti non può istruirli delle circostanze su cui saranno esaminati, se si considera finalmente che l'indole analitica delle interrogazioni non permette all'attinente indotto in testimonio di prevedere la circostanza che per di lui mezzo si vuol provare, sarà forza convincersi che la testimonianza delle enunciate persone può benissimo ammettersi a favore del reo, e che a norma delle circostanze può giungere persino a costituire una piena prova (1).

2.° Il Diritto romano, proclive ad accordare un grande arbitrio ai giudici nella estimazione delle prove, come si raccoglie da quanto dice Callistrato ne' §§. 1. e 2. della leg. 3. *ff. de testibus*, si astenne dal proclamare un'assoluta esclusiva del testimonio inimico. Difatti la stessa legge 3. *de testibus in principio*, mentre inculca ai giudici di esplorare la fede dei testimonj e indagare se sono nemici di quello, contro cui depongono, soggiunge poi potersi ammettere anche la testimonianza dell'inimico quando l'onestà della persona escluda il sospetto che sia mosso da inimicizia a deporre. La *leg. 1. §. 24. ff. de questionibus* parlando delle deposizioni estorte fra i tormenti si esprime a un dipresso nei medesimi termini. La *leg. 17. Cod. de testibus* sembra a primo aspetto escludere in modo assoluto le testimonianze de' nemici, ma però non fa che riportarsi a quel che dispongono le antiche leggi, la cui

(1) L'art. 258. del Regolamento di procedura criminale è concorde con questo principio in quanto ai collaterali ed agli affini, perchè permette all'inquisito d'indurli, e indotti che siano ne vuole l'esame.

sanzione, come vedemmo, è condizionata al caso in cui apparisca, o almeno vi sia luogo a presumere, essere la deposizione dettata da spirito d'inimicizia. Finalmente la Novella 90. cap. VII. di Giustiniano ha distinto le inimicizie procedenti dalla pendenza di un criminale giudizio da quelle procedenti da una lite civile, o da altra causa. Nel primo caso esclude la testimonianza finchè non è decisa la criminale controversia: nel secondo ammette l'inimico a testificare, ma prescrive che intanto *serventur hujusmodi quaestiones*, lo che sembra significare, doversi prendere in esame, se e come di ragione, l'eccezione data contro il testimonio.

Ora però che la scienza e l'esperienza hanno mostrato il grande vantaggio, che può trarsi dal fissar canoni sul valor delle prove, potrebbero mai le nostre leggi appagarsi di disposizioni si vaghe intorno alla testimonianza degli inimici? Troppo è noto qual fiera passione sia l'odio e a quali eccessi conduca l'uomo da essa dominato. Troppo è noto, niun testimonio essere idoneo in cui non concorra attitudine de' sensi per non essere ingannato, e volontà decisa di non ingannare. Or come presumere nell'inimico questa seconda, se l'avversione propria della passione, che il domina, lo porta a bramare il male della persona odiata? Nè vengon meno questi riflessi dirimpetto alla sanzione dell'augusta nostra Religione, che comanda la carità anche verso i nemici. Imperocchè chi potrebbe entrar mallevadore, che il testimonio nemico abbia la virtù e la grazia necessarie a praticare quel si salutare ma al tempo stesso arduo precetto? Forse sarà il testimonio tale quale il vuole l'evangelica legge. Ma per esserne certi converrebbe scrutare il cuore, e ciò non è dato ai mortali. La testimonianza adunque dell'inimico deve aversi qual gravemente sospetta, ed anzi si dovrebbe per legge statuire, che, *verificate le cause della inimicizia*, l'inimico, se ancor non depose, fosse escluso dal testificare, sì per non moltiplicare gli spergiuri con danno della morale e della religione, sì per non esporsi al pericolo di far servire la giustizia allo sfogo delle private vendette.

3.° Il Diritto romano in proposito dei domestici, salariati, ed altri dipendenti dalla persona, a cui favore depongono, ci presenta due leggi. — *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant. Leg. 6. ff. de testibus. Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placuit. Leg. 24. ff. eodem.* È la stessa massima, come ognun vede, espressa in due luoghi, ed ha fondamento nella presunzione, che il dipendente per ossequio al suo superiore voglia favorirlo anche a discapito della verità. Questa presunzione era di gran forza nel processo accusatorio, ove i testimonj venivano prodotti dalle stesse parti contendenti in giudizio, e perciò prestavano spontanei all'inducente la loro attestazione. Nel processo inquisitorio all'opposto, in cui i testimonj chiamati dall'Autorità publica non possono ricusarsi dal render l'ufficio, che la legge da essi richiede, tale presunzione scema a segno da permettere talvolta di prestar fede ai dipendenti attestanti in pro del Superiore, massime quando essi abbiano fama di probità intemerata.

4.° Senza trattenerci sui testimonj *subornati*, parola, che racchiude l'idea della falsità della testimonianza, passeremo ad osservare, che l'aver l'attestante ricevuto un prezzo per deporre basta a renderlo inidoneo d'*inidoneità manifesta*; imperocchè diviene palese in lui la volontà d'ingannare. Che anzi, come vedremo a suo luogo nel libro IV., il ricever prezzo per fare da testimonio in giudizio deve considerarsi in una bene ordinata Società qual vero delitto indipendentemente dall'indagine se il prezzolato testimonio abbia o non abbia deposto il falso.

5.° L'indole del processo quesitorio esige che ogni testimonio sia legittimamente citato a comparire in giudizio per deporre. Chi senza essere citato presentasi ultroneamente al giudice a deporre contro un cittadino che fa egli? Abbandona uno stato di quiete e d'inazione, a cui la naturale tendenza al riposo il rende proclive, per passare con incomodo di sè ad uno stato di moto e di azione, a cui non era chiamato. Ora senza un interesse ciò non fassi dall'uomo. S'egli dun-

que ha un interesse a deporre, la sua volontà non è imparziale, ma passionata, e la volontà passionata non ci presenta il vero, ma ciò che alla passione è conforme. Dunque il testimonio *ultroneo* è manifestamente indegno di fede (1).

Ho detto che a questa classe di testimonj alcuni aggiungono gli amici, e quelli che già in altro giudizio deposero contro il reo. Io però non trovo ragioni per escludere nè gli uni nè gli altri dal novero de' testimonj idonei. In quanto ai primi così ragiono: o l'amicizia è vera, e presupponendo essa una soda e maschia virtù, l'amico sarà tale *usque ad aras*: se dunque deporrà a favor dell'amico sia questo il querelante, sia il reo (poichè qui parlo di processo inquisitorio), lo farà mosso dalla verità e non dall'affetto per l'amico, a cui ben sa non dover posporre i proprj doveri: o l'amicizia non è tale che di nome e svanisce l'interesse a mentire. Dirà forse taluno: il falso amico è un uomo improbo, nè io il contrasto; ma l'eccezione in questo caso nascerebbe dalla mancanza di probità, e non dall'amicizia.

Non escludo i secondi, poichè non mi persuade l'argomento che da una legge delle Pandette vuol trarsi in appoggio della loro esclusione. Essa è la 23. *de testibus* così espressa — *produci testis is non potest, qui ante in eum reum testimonium dixit.* Tralascio di rimarcare, che questa legge ricevette presso i Dottori quattro diverse interpretazioni, come può vedersi dalla Glossa e da Gotofredo. Dirò solo, che anche prendendola nel senso letterale essa conviene al processo accusatorio, e non all'inquisitorio. Conviene al primo, perchè in esso essendo il privato accusatore quello che va in traccia dei testimonj per produrli, concorre in essi una vera spontaneità nel prestarsi ai desiderj e alle viste dell'accusatore, e perciò il sorgere in due separati criminali giudizj a testificare a pro dell'accusatore contro lo stesso reo induce un ragionevole sospetto o di troppo favore al primo, o d'inimicizia contro il

(1) Concorde è il Renazzi Elem. jur. crim. lib. III. cap. XII. §. XIII. num. 1.

secondo. Non conviene all' inquisitorio, perchè in esso venendo i testimonj citati da un funzionario publico in nome della legge a deporre, non muovonsi spontaneamente, come testè dicevasi, a testificare, e perciò se per la seconda volta sorgono a deporre contro il reo, ciò non deve attribuirsi che alla bizzarra sorte che a due fatti di un sol uomo li fece trovar presenti.

§. IV.

Dicemmo che anche la violazione delle forme può far nascere il difetto di volontà nel testimonio. Le forme, di cui qui intendiamo parlare, sono 1.° la presenza: 2.° le generali interrogazioni: 3.° il giuramento: 4.° il rigore analitico nell' interrogare: 5.° la semplicità, e buona fede nelle domande.

1.° La presenza del testimonio è indispensabile ne' giudizj criminali, quantunque non lo sia sempre ne' giudizj civili. È facile il ravvisare la ragione della differenza. Nei giudizj civili è in facoltà di quello, contro cui sono prodotte le testimonianze scritte, l' impugnarle, e in tal caso i testimonj vengono formalmente esaminati alla di lui presenza. Insomma sta in arbitrio della parte interessata il richiedere la presenza de' testimonj, lo che è analogo alla natura del giudizio civile, nel quale si disputa sempre di diritti alienabili, ed in cui è interessato soltanto il privato cittadino. Nei giudizj criminali al contrario si tratta di diritti inalienabili, e vi è di mezzo l' interesse della intiera Società. Non si potrebbe adunque far dipendere dall' arbitrio dell' accusato l'interpellazione orale dei testimonj. Si abbia in vista che le testimonianze in iscritto lasciano luogo a questi due dubbj: 1.° che il testimonio sia stato spinto a deporre da minacce, da seduzione, da promesse, da interrogazioni suggestive ec. 2.° che il testimonio sia suppositizio. Potrebbe mai la Società esporsi a questi due pericoli, quand' anche il reo volontariamente vi si sottoponesse? Ecco perchè l' Imperador Adriano rescrisse al Proconsole della Macedonia in argomento di giudizio criminale *testibus se, non testimoniis crediturum. Leg. 3. §. 3. ff. de testibus*, cioè alla

voce de' testimonj, non alla *relazione* del loro esame. Una testimonianza scritta adunque è nulla e di niun effetto sì a favore che contro l'accusato per presunto difetto di volontà (1).

Si eccettui il caso che i testimonj fossero stati esaminati *ad perpetuam rei memoriam* per provare l'innocenza dell'incolpato, e quindi fossero morti: nel qual caso le deposizioni scritte fanno prova a di lui favore.

2.° Le generali interrogazioni consistono nel chiedere al testimonio il suo nome, cognome, paternità, età, patria, domicilio, professione, e se abbia rapporti di parentela, d'interessi, d'amicizia, o d'inimicizia col reo o colla parte attrice. Esse debbono anteporsi all'esame, e non possono ommettersi senza vizio di nullità, poichè per esse soltanto è che si giunge a conoscere l'idoneità del testimonio a testificare. La loro omissione può far presumere persino il difetto d'intelletto. Che faccia poi presumere il difetto di volontà, niuno potrà dubitarne, tostochè rifletta che ommesse le generali interrogazioni s'ignorano le eccezioni personali, a cui potrebbe andar soggetto il testimonio, eccezioni che vedemmo influire tutte sulla volontà di lui.

3.° Il Carmignani ha proposta la questione, se sia utile di deferire il giuramento ai testimonj, e l'ha risoluta in senso negativo. Egli così ragiona: o il testimonio non ha alcun interesse di tradire la verità, o lo ha. Nel primo caso il giuramento è superfluo: nel secondo potendo il testimonio trovare mille pretesti per isfuggire la pena dello spergiuro, non si fa

(1) Si avverta bene, che tutto questo discorso è riferibile alle deposizioni assunte *extra formam judicii*. Nel processo inquisitorio munito di tutte le guarentigie atte a rimovere qualunque abuso d'ufficio per parte del giudice inquirente, si verifica in fatto, che il magistrato decidente giudica sopra le testimonianze ridotte in iscritto; ma in primo luogo è identificata la persona del testimonio, e perciò tolto il pericolo che sia supposititizio: in secondo luogo le forme prescritte dalla legge al giudice inquirente, avvalorate che siano da grave comminatoria in caso di trasgressione e dalla facoltà al reo di chiedere la legittimazione *per confronto*, allontanano il dubbio di coazione, seduzione ecc.

altro, col deferirgli il giuramento, che porgergli occasione di spergiurare: dippiù il giuramento in questo caso aggiunge un ostacolo alla scoperta della verità, poichè il giudice accorda maggior fede al testimonio in ragione del prestato giuramento (1). Riflettendo seriamente a questo raziocinio del Professore Pisano mi si sono presentati i seguenti riflessi. Qual'è lo scopo politico, per cui si deferisce il giuramento ai testimonj? Quello senza dubbio di distorre chiunque è chiamato a deporre dal dire il falso, mediante l'aspetto terrifico delle pene divine ed umane, in cui incorrono gli spergiuri. Ma le une e le altre pene non colpiscono egualmente il testimonio che dice il falso in giudizio benchè senza giuramento? Quella divina legislazione che dettata fra i tuoni e le folgori 33. secoli fa servirà di codice morale alle Nazioni finchè saravvi memoria d'uomini sulla terra, non proclama in un articolo qual grave offesa al Nume la falsa testimonianza in giudizio (2)? Le leggi umane non puniscono forse il falso testimonio benchè per avventura deposto avesse senza giuramento? Dunque il giuramento è un atto superfluo, e forse anche suscettibile d'ingerire nella classe incolta l'idea, che senza il giuramento niun male si faccia deponendo il falso in giudizio. Tali sono i sensi che l'irresistibile forza della verità ha tratto quasi involontariamente dal mio labbro. Confesso però che per venire a questa sì grande, ma necessaria innovazione nel foro (dico necessaria, perchè consentanea alla venerazione dovuta al sacrosanto nome dell'Essere degli esseri, che solo per tributo di gloria o di adorazione o di preghiera dovrebbe risuonar sul labbro dell'Uomo) è d'uopo far precedere una grande coltura morale e religiosa nel basso ceto, e scolpire in esso l'idea che il Dio di verità abborre la menzogna, e con severità la punisce, massime quando è pronunciata in un atto cotanto importante e solenne qual'è la testimonianza (3).

(1) Elem. jur. crim. vol. I. §§. 548. et 549.

(2) Exod. cap. XX. vers. 16.

(3) *Nolite jurare: sit sermo vester est est, non non: quod am-*

Ma data una legislazione, la quale imponga di deferire il giuramento ai testimonj prima di esaminarli, sarà sempre in grave colpa quel giudice che si arbitrasse di sentire i testimonj ingiurati, poichè il giudice è l'esecutore e non il sindacatore della legge. L'opinione poi che nel testimonio ingiurato si presuma il difetto di volontà, può aver qualche fondamento là dove i costumi abbiano lasciata radicare nel popolo l'erronea idea che il dire il falso in giudizio senza giuramento sia lieve peccato, e delitto mitemente punibile (1).

4. Vediamo ora come l'allontanarsi dal rigore analitico nell'interrogare fa nascere o almeno presumere il difetto di volontà nel testimonio. Proprietà dell'analisi chimica è il decomporre le cose fisiche finchè si giunge a trovare i primi elementi di cui sono formate. Proprietà dell'analisi indagativa è il procedere sempre dal più generico al meno generico finchè il testimonio stesso spontaneamente col suo labbro vi presenta la specie. Se s'inverte quest'ordine, se s'interroga sulla specie prima d'interrogar sul genere si cade *nel suggesto.*

Il suggesto, così detto perchè suggerisce all'interrogato la risposta, si definisce *tutto ciò che nell'interrogante suppone la certezza di ciò che si domanda* (2). Interrogate un uomo sulla specie prima d'interrogarlo del genere: chiedetegli se Tizio imbrandì il ferro, prima di chiedergli se esso testimonio fu presente ad alcuna ingiuria ricevuta da Tizio, se Tizio ne mostrò risentimento ec., tosto quell'uomo, cui fate quella domanda specifica, vi suppone istruito del fatto, e se in voi risiede l'autorità di giudice non ha coraggio di contraddirvi: egli dirà più di quel che sa senza avvedersene, egli seguirà nel suo racconto non la verità ma la vostra supposta certez-

plius est a malo est, dice la scuola di verità, ossia il Vangelo. MATTH. V. 37.

(1) L'art. 244. del Regolamento di procedura criminale proclama il principio — *Nessun testimonio fa prova legale in giudizio se non è esaminato sotto il vincolo del giuramento.*

(2) Carmignani Opera citata vol. I. §. 597.

za: egli dirà non quel che voleva dire, ma quello che gli fate dire: egli sarà inidoneo per difetto di volontà.

In una parola, violata l'analisi è inevitabile il suggesto.

Il suggesto poi (come fu detto alla pagina 577. di questo volume) ora consiste nelle *parole*, ora in un *fatto*. Del suggesto di parole ne avete sopra un esempio. Il suggesto di fatto si verifica ogni qualvolta si accumula all'interrogazione un'invettiva, una minaccia, un male. Quando vigeva la tortura, essa non era altro che un suggesto; ed il facondo Beccaria rimarcava con isdegnosa eloquenza la contraddizione degli uomini, che mentre proibivano rigorosamente le interrogazioni suggestive, permettevano la tortura, senza riflettere che *non v'è mezzo più suggestivo del dolore.* Tu mi tormenti, o mi minacci, perchè vuoi ch'io ti risponda in un dato modo; dunque sei certo di conoscere già la verità: se lo sei perchè m'interroghi, e se non lo sei perchè vuoi astringermi con un dolore fisico o morale a rispondere ciò che a te piace? Ecco il circolo vizioso, entro cui si aggira il suggesto di fatto.

Il suggesto poi *di parole* non solo può consistere in una o più interrogazioni semplicemente, come dicemmo poc'anzi, ma può ancora verificarsi nell'interrogazione accompagnata dalla *ostensione* di una persona, o di un oggetto. Eccone la spiegazione. Spesso avviene che i testimonj videro commettersi il delitto da un uomo a loro ignoto: spessissimo pure accade che sia prodotto in giudizio o lo stromento ministro del delitto od altro oggetto che può servire alla convinzione del reo. È indispensabile nel primo caso di assoggettare alla ricognizione la persona dello inquisito, come è indispensabile nel secondo di fare altrettanto sullo stromento od altro oggetto prodotto in giudizio. Ma perchè la ricognizione sia legale e non *suggestiva* è d'uopo che si faccia, come dicono i Prammatici, *inter plures*, cioè che l'inquisito sia mostrato ai testimonj fra due persone consimili, lo stromento od oggetto fra due stromenti od oggetti pure consimili. Se si trascura questa precauzione, se si presenta ai testimonj isolatamente la persona,

lo stromento, l'oggetto, siffatta ricognizione detta nel foro *ad oculum* è *suggestiva* e quindi nulla. Difatti quando io giudice ti mostro isolatamente una persona, od un oggetto, e t'invito alla ricognizione, non interrogo sul genere, ma sulla specie che ti pongo sott'occhio, e perciò ti suggerisco una ricognizione, che non saresti stato abile ad eseguire. Tu mi supponi già certo dell'identità di quella persona od oggetto, e secondi senza avvedertene la mia supposta certezza. Qui è indispensabile l'avvertire, che se un reo dovesse riconoscere un oggetto *proprio* da sè nominato nell'esame, dovrebbe presentarglisi isolatamente, mentre se gli si mostrasse *inter plures* gli si aprirebbe l'adito a scegliere ad arte quello che non è suo per intorbidare la propria confessione (1).

È notabile poi che dal suggesto nasce una nullità insanabile dell'atto, in cui il suggesto stesso venne usato. La ripetizione dell'atto stesso non potrebbe mai estinguere gli effetti del suggesto, poichè non è presumibile che l'uomo contraddica a ciò che una volta ha detto.

5.° Ma non solo le interrogazioni debbono seguire le regole analitiche: esse debbono anche esser semplici, e con buona fede concepite. Ove fossero oscure, troppo complicate, capziose non servirebbero che a confondere l'intelletto del testimonio, a trarlo in agguato, a fargli esprimere cose contrarie alla verità. Simili domande adunque rendono inidoneo per difetto di volontà il testimonio.

§. V.

Emerge il difetto di volontà ne' testimonj *in quanto al detto*: 1.° se non adducono la causa di scienza: 2.° se de-

(1) Sono degni di somma lode gli artic. 310. al 319. inclusivamente del Regolamento di procedura criminale, ove si prescrivono le formalità da osservarsi nella ricognizione degl'inquisiti *inter plures*. Nell'artic. 323. poi si stabilisce che si faccia *inter plures* anche la ricognizione degl'istromenti od oggetti relativi al delitto.

pongono di cose impossibili ò inverosimili: 3.° se sono a se stessi contraddittorj, in taluna circostanza mendaci, vacillanti o dubbj nelle loro assertive: 4.° se mostrano animosità, o soverchio favore al reo, se la loro deposizione è affettata, o troppo verbosa, se finalmente in più di essi si ravvisa uno stesso premeditato discorso (1). Nei primi tre casi si ha l'inidoneità manifesta, nell'ultimo l'inidoneità presunta. Questi principj sono per se stessi sì evidenti, che sarebbe opera perduta il trattenersi a svilupparli.

L'art. 282. del Regolamento di procedura criminale sanziona la massima che la soverchia animosità della deposizione, come anche il troppo favore che il testimonio dimostra verso il reo, dà luogo a sospettare della sincerità della narrazione, e perciò in tal caso deve il testimonio essere *specialmente* interrogato se abbia parlato con alcuno sulla materia dello esame prima di accedervi, se abbia ricevuta alcuna istruzione o promessa, e se sia in qualche particolare relazione coll'inquisito o coll'aderente al Fisco.

Devono poi consultarsi le sagge disposizioni contenute nel titolo VI. libro IV. del citato Regolamento, ove si statuiscono varie massime intorno ai testimonj che col loro *detto* si rendono sospetti. Esse coincidono con quanto abbiamo testè notato.

§. VI.

A costituire la *prova legale* per testimonj richiedonsi due testimonj oculari del delitto, idonei e *contesti* (2). Diconsi contesti i testimonj quando nella loro narrazione coincidono

(1) La legge 3. §. 1. *ff. de testibus* contiene un rescritto di Adriano, in cui questo imperadore avverte il Legato della Cilicia a stare in guardia rapporto ai testimonj *utrum unum eundemque meditatum sermonem attulerint*; alla qual frase soggiunge il Gotofredo: *tunc enim corrupti creduntur.*

(2) Così appunto dispone nell'art. 550 il recentissimo Codice Estense già da noi altrove citato.

sul tempo, sul luogo, sulla persona, e sulle circostanze del fatto. Quando discordano in una o più di dette cose diconsi *singolari*.

La singolarità può esser di tre specie: *ostativa*, *diversificativa*, od *amminicolativa*. Si ha la singolarità ostativa, quando il detto di un testimonio è talmente ripugnante a quello dell' altro che necessariamente l' uno dei due conviene sia falso. Si ha la diversificativa, quando i testimonj discordano nelle accessorie circostanze del fatto, ma nel fatto principale convengono. Si ha finalmente la singolarità amminicolativa quando ciascun testimonio depone di circostanze diverse, ma tali che si possono insieme congiungere e riferire ad un sol fatto, come allorquando un testimonio deponesse d' aver veduto Tizio uscire di casa armato; un altro d' averlo veduto correre in traccia del suo nemico, un altro finalmente d' averlo veduto recedere dal luogo del delitto col ferro insanguinato.

Quando i testimonj sono inidonei o singolari in senso *diversificativo* o *amminicolativo* non si ha più la *prova legale*. La legge non potrebbe prevedere le migliaja e migliaja di casi in cui tali testimonj possono o non possono meritar fede e condurre alla certezza morale del fatto. Essa dunque è costretta a rimettersi in siffatta materia alla religione del giudice, senza rinunciare però alle giuridiche guarentigie proprie dell' uno o dell' altro metodo di procedere. Allora si può avere soltanto la *certezza dell' uomo*, e la prova entra nella categoria dell' indiziaria.

Quando poi si ha la singolarità *ostativa*, eccetto che emergano prove limpidissime per conoscere quale dei due contradditorj testimonj ha mentito, nel qual caso si può all'altro prestar fede, è forza negarla ad ambidue, quantunque talvolta lo stato delle cose sia tale da dover credere, che l' un dei due, senza saper quale, ha detto il vero.

§. VII.

Percorse così per ordine tutte le eccezioni a cui può andar soggetta la prova testimoniale conchiuderemo, che a due

precipue classi ridurre si possono i testimonj tutti, per dedurne la loro inammissibilità o assoluta, o relativa nelle criminali controversie. Altri li chiameremo riprovati *assolutamente* dalla legge: altri riprovati *condizionatamente*. Nella prima classe collocheremo i testimonj inidonei per difetto di intelletto, nonchè gli ascendenti e discendenti, il conjuge, i consanguinei ed affini in istretto grado col reo, quando però questi attinenti di lui siano indotti a prova dell' azione criminale, non così quando siano indotti a propria esonerazione dal reo stesso. Nella seconda classe collocheremo i testimonj inidonei per difetto di volontà. In quanto ai primi è così assoluta la esclusiva proclamata contro essi dalla sana ragione e dalla legge, che non devono in conto alcuno sentirsi, e qualora per imperizia del Ministero inquirente venissero intesi, l'atto della loro deposizione deve aversi come nullo e di niun effetto anzi come viziatorio del processo. In quanto ai secondi possono sentirsi, colla differenza che quando trattasi d'inidoneità *manifesta* dev' essere assolutamente vietato ai giudici il prestar loro fede (1), e quando trattasi d'inidoneità *presunta* dev'essere avvertita la loro religione a stare in guardia contro le deposizioni, e a non prestar loro fede, se non quando il complesso delle circostanze escluda affatto il sospetto di falsità.

L' antica pratica forense riconosceva tre limitazioni a questi principj 1.° aveva per classici i testimonj inidonei, quando trattavasi di delitti occulti, od atroci; massima assurda, reliquia della barbarie de' secoli d'ignoranza, già da noi bastantemente confutata nel precedente capitolo.

2.° Ai testimonj vili ed infami applicava la tortura, e se confermavano fra i tormenti la loro deposizione li aveva in conto di testimonj idonei. Era questa una pratica crudele, che

(1) Taluno potrebbe qui obbiettare: a che si sentono siffatti testimonj se è vietato il prestar loro fede? Al che rispondo, che siccome il Ministro inquirente non ha giurisdizione per pronunciare sulla loro inidoneità, così deve sentirli, e spetta poi al giudice decidente, conosciuta la medesima, il segregarli dal numero delle prove.

può ritenersi derivata dalle barbare istituzioni, che rapporto ai servi introdusse l'antico Diritto dei Romani. Disconosciuto da questi il principio, che l'umana dignità è *inalienabile*, riguardavano quelli come *cose* e non come *persone*; inabili per conseguenza a fare testimonianza; ma poi il servo deponendo fra i tormenti acquistava fede. Perchè mai ciò? Sarebbe forse che il reggere al dolor fisico sia prova d'animo invitto, degno di una libertà rapita dall'ingiustizia degli uomini? Se così pensavano i Romani, perchè non manomettere il servo, che di eroica fermezza avesse dato prova fra i tormenti? Dicasi piuttosto essere quell'antico uso una di quelle contraddizioni dello spirito umano, intorno alle quali la critica storica indarno si affatica per trovar la ragione.

3.° Ammetteva a testificare contro il reo i testimonj *eccettuati* per vincolo di sangue, o di affinità, quando trattavasi di delitti commessi fra congiunti tra le domestiche pareti; massima più ragionevole, ma d'abbracciarsi con politica parcità. Solevasi poi consultare il Principe per ottenere la facoltà di assoggettare cotali testimonj all'esame. L'articolo 259. del Regolamento di procedura criminale ordina che nel solo caso di vera e propria lesa maestà, e di parricidio fra ascendenti e discendenti o fra conjugi possano sentirsi in esame gli ascendenti, i discendenti, il marito, e la moglie, sempre però senza giuramento. E per verità chi ha infranti e calpestati col delitto i sacri vincoli di sangue e di famiglia, non merta che i vincoli stessi gli siano di scudo per avvolgere nel mistero le prove del suo misfatto.

Non mi resta ora che ad accennare alcuni canoni generici sulla prova testimoniale.

1.° La sana politica proclama la massima che il criminale giudizio non interessa al solo privato che n'è colpito, ma bensì all'intiera Società, il cui ben essere è intimamente collegato non solamente colla condanna de' delinquenti ma anche coll'assolutoria degli innocenti. Di qui il canone fondamentale che le eccezioni de' testimonj non sono di esclusivo diritto dell'accusato, ma di diritto publico: che il reo non opponen-

dole o anche rinunciandovi non può far si che il testimonio inidoneo diventi idoneo: che il giudice deve occuparsi di tali eccezioni *ex officio*: che anche contro il testimonio prodotto dal reo sì il reo stesso che il giudice possono far valere le eccezioni (1).

2.° Maggior fede devesi al testimonio che afferma, che a quello il quale nega. Imperciocchè la testimonianza negativa si riduce ad asserire che il fatto in questione non è caduto sotto i sensi del testimonio negante: laddove la testimonianza affermativa, purchè gli espositori di essa non abbiano nè difetto d'intelletto nè di volontà, stabilisce l'esistenza del fatto. Possono dunque aversi più testimonj neganti, e tutti veritieri, e il fatto tuttavia essere accaduto (2).

3.° I periti cadono nella categoria dei testimonj, e sono soggetti alle stesse eccezioni. Il loro giudizio ha tanto maggiore autorità quanto più certi sono i principj della scienza che professano (3). In virtù poi del costante sistema di tutte le Nazioni europee di deferire il giuramento ai testimonj, debbono anche i periti, sotto pena di nullità, essere sottoposti a un tal vincolo. Chè anzi non andrebbe errato chi dicesse, concorrere nei medesimi una speciale ragione a rendere necessario un tal freno religioso, cioè l'adito facile aperto ai periti, che volessero ingannare, di sfuggire la sanzione politica, velando col pretesto di un errore di dottrina l'infedeltà del giudizio reso.

(1) *Carmignani Elem. jur. crim.* §. 510. *et in nota ultima ad* §. 511. Sogliono alcuni giudici inquirenti interrogare il reo sulle qualità de' testimonj soggetti a qualche eccezione di singolarità o simile, prima che esso sappia ciò che i medesimi hanno deposto a carico di lui. Questo sotterfugio, con cui si presume di sanare ogni difetto del testimonio nel caso cotanto probabile che il reo per non crearsi un nemico si astenga dall'addurre qualunque eccezione, è riprovato dalla ragione e dalla morale, poichè si risolve in un laccio che si tende al reo stesso. Sì turpe abuso deriva da uno spirito di oppressione e di tirannia, che a disdoro del nostro secolo regna tuttora in alcuni processanti.

(2) Carmignani Opera citata §. 511.

(3) Carmignani Opera citata §. 515.

CAPITOLO III.

Della confessione del reo.

SOMMARIO

§. 1. *Principj di critica giuridica sulla confessione del reo.*
§. 2. *Requisiti della confessione legittima relativi alla persona del confitente.*
§. 3. *Simili relativi al soggetto della confessione.*
§. 4. *Simili relativi al modo di emetterla.*
§. 5. *Se la confessione qualificata sia scindibile.*
§. 6. *Se al reo confesso si debba contestare il delitto e la pena.*

§. I.

Nell' aprire le opere de' Scrittori che hanno trattato della confessione del reo s' incontra subito una contraddizione che eccita la sorpresa degli apprendenti. Alcuni infatti, portandone alle stelle il valore, la chiamano *la regina delle prove*, *la prova provata*. Altri, mentre convengono coi primi nell' attribuirle una grande efficacia nei criminali giudizj, le contrastano però ostinatamente il nome di *prova*. Fra i primi si annoverano molti Prammatici, di cui lungo sarebbe tessere il catalogo. Fra i secondi Antonio Matteo, il milanese Paolo Rizzi ed il romano Renazzi (1). Nulla peraltro v' è di più fa-

(1) Quest' ultimo non nega apertamente alla confessione il nome di prova, ma avendone anteposto il trattato a quello delle prove ed avendo ridotte le prove legittime a tre cioè testimonj, istromenti, e indizj, ha fatto bastantemente comprendere di seguire in ciò la dottrina di Anton

cile del conciliare questa apparente contraddizione, giacchè basta definire che cosa voglia intendersi per prova e di qual metodo di procedere voglia parlarsi per porre in concordia le due opposte parti. Se per prova intendasi un mezzo legittimo di cui suole valersi l'accusatore per dimostrare la reità dello accusato, e se il discorso volgasi al processo accusatorio, la confessione non è prova giacchè si considera come la cessione delle armi che fa l'accusato, colla quale esonera l'accusatore dal peso di provare la sua azione, e in forza di cui si passa senz'altra indagine all'applicazione della pena. E che tali appunto siano gli effetti della confessione nell'accusatorio processo il dimostra l'esempio degli Ebrei, de' Greci, de' Romani e degli Inglesi. Presso i primi il reo confesso dicevasi aver pronunciato giudizio contro se stesso e riguardavasi come colpito dalla mano di Dio (1). Presso i secondi era il costume di condannare il reo confesso, senza neppur concedergli la difesa (2). I Romani riguardavano come manifesta ed evidente la reità dell'accusato confesso, e superflua estimando ogni indagine su di una questione che il reo di propria bocca aveva già sciolta, il mandavano senza dimora al supplizio (3).

Matteo, pel quale mostra in tutta la sua opera una grande propensione. Lib III. Cap XI. §. X. Anche il Canonista Zallinger impugna che la confessione del reo sia una prova.

(1) Davidde nel pronunciare la condanna di morte contro l'Amalecita che vantavasi d'aver trafitto Saulle gli dice — *Sanguis tuus super caput tuum : Os enim tuum locutum est adversum te dicens : Ego interfeci Christum Domini.* Regum lib. III. Cap. 1. vers. 16.

(2) Ne è prova Demostene nell'Orazione contro Timocrate ove così si esprime — *Siccome dunque ogni malfattore quando per tal si confessa suole senz'altro giudizio punirsi, non fa ora mestieri che prestiate orecchio a costui, nè gli diate facoltà di parlare, ma dovete francamente ed a buona equità condannarlo, perciocchè egli stesso colla precedente sua legge depone contro la presente e reo si protesta.* Traduzione di Melchiorre Cesarotti.

(3) Prova evidente di ciò è il discorso di Catone contro i congiurati socj di Catilina riferito da Sallustio, e da noi riportato alla pagina 545. in nota.

Finalmente gli Inglesi praticano altrettanto come già dimostrai nel trattato 1. cap. unico §. VI.

Se poi alla parola *prova* attribuiscasi il senso logico di mezzo qualunque produttore della cognizione certa, o probabile di una data cosa (Cap. 1. §. 1. di questo trattato) e molto più se il discorso volgasi al processo inquisitorio, la confessione dell' imputato è una vera prova, poichè non potendo in questo giudizio concepirsi la fittizia cessione delle armi per parte del reo, atteso che la Società prende in questo procedimento un interesse diretto e sempre eguale, sia che trattisi di condannare un colpevole, sia che trattisi di assolvere un innocente, ne viene che il giudice decidente è in obbligo di assumere in esame la confessione del reo al pari di ogni altra prova, di sottoporla alla critica giuridica, di valutarla se offre i caratteri della verità, e di rigettarla se presenta quelli della menzogna.

Passando ora ad una ricerca di maggiore momento è pregio dell' opera l' indagare se e qual valore aver possa la confessione del reo per costituire la certezza morale della di lui reità o nel criterio inalterabile del Legislatore o nel criterio arbitrario dell' uomo destinato dalla legge a render giudizio sulle criminali controversie. Il Filangeri ha combattuto arditamente la credibilità della confessione, ma non ha avvertita la influenza che l' uno o l' altro processo può avere sugli effetti della medesima. *La confessione del delitto* (egli dice) *portando sicuramente al reo la perdita o dell' esistenza o di una parte della sua felicità, richiede o uno sforzo superiore al contrario impulso della natura o una illusione che gli faccia vedere nella perdita di una di queste due cose l' acquisto di un bene più grande. Nel primo caso si ricerca dunque dall' uomo un impossibile morale, nel secondo si valuta l' assertiva di un illuso di un mentecatto di un fanatico o di un uomo che si ritrova nelle stesse disposizioni del suicida* (1). La prima parte di questo apparente dilemma prova che non si deve

(1) Scienza della legislazione lib III. part. 1. cap. X.

nè con dolore nè con minaccie nè con altro mezzo di coazione astringer l'imputato a confessare il proprio delitto, poichè non esiste nell'ordine politico il diritto di violentar l'uomo a contrariare la propria natura ed a rendersi martire della verità. La seconda parte prova che una confessione suggerita da una tetra passione, dalla diuturnità della procedura, dalle angustie del carcere ec. è sommamente sospetta. Ma tutto lo assieme del raziocinio di questo scrittore non esclude nè che il reo confessar possa il delitto vinto dalla forza della verità, nè che una confessione verificata in tutte le sue circostanze possa meritare la fede del legislatore e del giudice. Prendiamo dunque un cammino più retto per giungere allo scopo della nostra ricerca.

Quali indagini istituiamo noi sui testimonj prima di accordar loro la nostra fede? 1.° Se i loro sensi sono atti o no a discernere il vero: 2.° se in essi concorre alcun interesse a deporre ciò che depongono. In quanto a questa seconda indagine i testimonj possono trovarsi in tre stati: 1.° nell'interesse ad attestare ciò che attestano: 2.° nella indifferenza: 3.° nell'interesse a tacere quello che espongono. Nel primo stato noi dubitiamo ragionevolmente della loro fede, e la loro testimonianza la riguardiamo meritamente come sospetta: nel secondo (supposta sempre la capacità in quanto all'intelletto) li abbiamo per testimonj classici e maggiori d'ogni eccezione: nel terzo avviene lo stesso per una più forte ragione, giacchè, se posposto il proprio interesse narrano ciò che era loro utile il tacere, evvi un argomento di più per credere, che il gagliardo impulso della verità sommamente energico negli uomini probi abbia animato il loro labbro.

Ma la critica giuridica non si ferma qui, e passando dai requisiti generali dei testimonj alla loro influenza sul discoprimento della verità esige per la prova legale testimoniale il concorso di queste circostanze 1.° numero legale de' testimonj cioè due per lo meno; 2.° loro cognizione immediata del fatto: 3.° loro coincidenza nella deposizione, talchè si escluda il pericolo che siansi ingannati e che vogliano ingannare.

Applichiamo questi principj alla confessione del reo. Immaginate un imputato non impubere, sano di mente, non cruciato da tetra o insalubre custodia, non agitato da violente passioni, il quale alle legittime e placide interrogazioni del giudice vi confessi il delitto con tutte le sue circostanze, e ponete che tutte queste circostanze coincidano col corpo di delitto e colle altre processuali emergenze; che penserete voi di questa confessione? Avete nel reo l'attitudine de' sensi a discernere il vero e ad esporlo. Avete in esso una piena cognizione della cosa, anzi la più estesa che mai possa concepirsi, giacchè qual maggior cognizione di quella che deriva dalla propria coscienza, qual più esatta *informazione espositiva* di quella che vi presenta non solo il fatto in tutta la sua estensione, ma perfino le più recondite cause che vi diedero moto. Avete in lui la piena esclusione dell'interesse a dire il falso. Avete finalmente la coincidenza del di lui detto col corpo di delitto e colle altre emergenze processuali, che vi esclude in lui il pericolo dell'inganno e quello di volervi ingannare. Mi direte forse che egli è un solo e non può perciò paragonarsi alla autorità di due testimonj. Al che vi rispondo che, se la ragione politica di questa pluralità de' testimonj è riposta nella necessità di escludere mediante la coincidenza de' loro detti il pericolo in essi d'illusione e la volontà d'ingannare, ciò è supplito nel reo dall'essere la cosa che depone un fatto *suo proprio*, e dal grande interesse che ha di non accusare falsamente se stesso (1). Dunque è forza conchiudere che la con-

(1) Opporrà forse taluno; perchè non dire altrettanto di un sol testimonio idoneo *de visu*, la cui deposizione si raffronti col corpo di delitto e colle altre processuali emergenze? Io non nego che una tale deposizione non possa avere in alcuni casi un grande valore nella combinazione giuridica di altri elementi di prova. Sostengo però che il peso di essa sarà sempre inferiore a quello dalla confessione legittima e verificata. Nel testimonio unico la coincidenza di cui si parla non esclude il pericolo di un'illusione sulla persona del reo nè quello di un occulto interesse a tradire il vero. Nel reo *legittimamente* confesso è escluso l'uno e l'altro pericolo.

fessione del reo può fornire un ottimo criterio di verità non solo al giudice, ma anche allo stesso legislatore.

Dopo il sin qui detto non vogliamo dissimulare i dubbj che l'illustre Professore Pisano propone sulla credibilità della confessione. Essi sono i seguenti. 1.° L'uomo non agisce se non se per un principio d'amor proprio: colui dunque che depone contro se stesso il fa per alcuna vista di bene o d'interesse: egli è dunque un testimonio inidoneo. 2.° La legge abborre la testimonianza contro il reo de' suoi più prossimi congiunti: perchè dunque ammette quella del cittadino contro se stesso? 3.° La prova legale emerge dal deposto di due testimonj contesti: la confessione non ne offre che un solo. 4.° La esperienza insegna, maggiore essere stato il numero de' confessi innocentemente condannati, che degli innocenti per falsi testimonj convinti e puniti: dunque l'analogia, che trae suo fondamento dall'esperienza e che è base della morale certezza, insegna a dubitare della confessione de' rei. 5.° L'attestazione del correo contro il socio del delitto è inidonea: perchè dunque dovrà essere idonea quella del reo o correo contro se stesso? 6.° Il dritto civile insegna *prohibitus contrahere prohibitus confiteri*: per conseguenza, sendo valido l'argomento negativo dal giudizio civile al criminale, dovrà conchiudersi *prohibitus sibi poenam consciscere*, *prohibitus crimen confiteri*. 7.° L'autorità del Diritto romano ripugna alla credibilità della confessione nella deficienza d'ogni prova: il rescritto dell'Imperador Severo riportato nella legge *1. Dig. de quaestionibus* ne è una prova. — A questi dubbj noi contrapponiamo le seguenti risposte. 1.° La vista di bene o d'interesse non può mai condurre il reo a fingere in sè un delitto non commesso: può bensì indurlo a confessare il vero delitto commesso per conseguire dai giudici un qualche riguardo nell'applicazione della pena: l'interesse adunque del reo opponendosi alla falsa confessione, aumenta la credibilità che confessando dica il vero. 2.° La legge abborre la testimonianza contro il reo de' più stretti suoi congiunti di sangue per un rispetto ai sacri vincoli di famiglia: il pubblico vedrebbe con orrore il reo spinto alla

pena dai suoi più intimi: quest' assurdo non si verifica nel reo confesso: la compassione si eccita alla vista delle conseguenze funeste che cadono sul nostro simile per fatto altrui, non di quelle che gli sovrastano per fatto e volontà propria; lo che ha fatto sorgere il proverbio — *chi è causa del suo mal pianga se stesso*. 3.° Del terzo dubbio si ha la risposta nella pagina 747. 4.° Prima di affermare che il catalogo storico degli innocenti condannati per confessione supera quello dei medesimi condannati per testimonj, converrebbe separare colla storia alla mano le confessioni spontanee da quelle estorte coi tormenti, di cui sì diuturno fu l' uso: allora si troverebbe un risultato del tutto opposto. 5.° La testimonianza del correo contro il suo complice può esser dettata da sdegno, da antipatia, da inimicizia: quella del reo contro se stesso no, perchè niuno può esser nemico di se medesimo: quel sospetto adunque che involve la prima non si verifica nella seconda. 6.° Quando la confessione del reo fosse una rinuncia a tutti i mezzi di difesa, noi converremmo che essa dovesse proscriversi dal foro, perchè cadrebbe su diritti, a cui il reo non può rinunciare, e perciò siam di avviso (e il dicemmo) che i troppo larghi effetti attribuiti alla confessione nel processo accusatorio contengono un mostruoso assurdo. Ma nel processo inquisitorio la cosa procede assai diversamente. Il reo che confessa non rinuncia alla propria difesa: egli anzi per lo più si serve della propria confessione per mostrare intervenuta nel delitto una circostanza attenuante che altrimenti non potrebbe provare: il giudice inquirente gli prefigge un termine *a difendersi e a dir contro la propria confessione* (vedi pag. 585. nota 2.): il magistrato decidente esamina la di lui confessione e la sottopone a tutti i dubbj della logica giuridica. Il perchè quanto è vero nel giudizio civile che *prohibitus contrahere*, *prohibitus confiteri*, poichè la confessione nel giudizio civile è un vero contratto che obbliga il confitente ad adempiere quanto confessa da lui doversi, altrettanto è falso l' inferirne *prohibitus sibi poenam consciscere*, *prohibitus crimen confiteri*, poichè la confessione del delitto non è un atto che obblighi il

confitente ad irrogarsi la pena, anzi più volte si è dato il caso, che i rei confessi siano stati assoluti. 7.° Il rescritto dell'Imperador Severo proibisce di prestar fede alla confessione de' rei *quando nulla probatio religionem cognoscentis instruat*. Ciò coincide perfettamente coi nostri principj. Imperciocchè noi non abbiam detto mai che la *nuda confessione* formi piena prova della reità, ma bensì che la costituisce quando coincida col corpo di delitto e colle altre processuali emergenze. E ciò serve di ulteriore trionfante soluzione dell'antecedente dubbio, poichè non è la sola confessione del reo che lo spinge al supplizio ma l'intiero processo, che deve contenere la piena verificazione di essa.

Riepilogando ora le esposte idee conchiudiamo che, dato un metodo d'investigazione che escluda la soverchia diuturnità delle procedure e l'uso di qualunque suggestione sia di parole sia di fatto (nel qual novero pongo anche l'uso di prigioni dure a tollerarsi), l'unica causa la quale può dar luogo ad una falsa confessione per parte di un reo, che abbia l'età legale e che sia sano di mente, è una tetra passione, che gli faccia bramare di giungere mediante la giudiziale condanna al suicidio (1). Ma contro la probabilità di questa causa tre osservazioni devono farsi 1.° tanti essere i vincoli con cui la natura ci lega alla vita, che i suicidj saranno sempre in-

(1) L'anonimo Autore del *discorso sulle confessioni spontanee dei rei*, opera di non piccolo pregio, ha voluto enumerare tutte le pretese cause dei suicidj giudiziarj per combatterle. Esse sono 8. l'atrabile, il tedio della vita, l'impazienza de' tormenti e del dolore, il mendacio, la lubricità della lingua, il timore, il furore, la millanteria. E' facile l'osservare che la prima e la seconda causa si riducono a quella da noi accennata: la terza e la sesta rendono la confessione estorta, e perciò nulla hanno a che fare qui, ove si disputa di confessioni spontanee: la quarta è l'effetto e non la causa: la quinta e l'ottava possono dar luogo alle confessioni estragiudiziali ma non alle giudiziali, ove è troppo grande l'interesse del reo di non confessare un falso delitto: la settima finalmente è fuor dei termini della questione, in cui sempre si presuppone l'uomo sano di mente.

consueti fenomeni morali in qualunque parte del globo, ove non regnino radicati pregiudizj come quelli delle vedove indiane che si gettano sul rogo de' mariti estinti, e delle vergini di Mileto che al dire di Aulo Gellio troncavano col laccio i proprj giorni per passare all' altra vita col fiore intatto della verginità (1) : 2.° che la confessione giudiziale è un mezzo troppo diuturno per eseguire il suicidio, talchè difficilmente può esso venire in capo d' uomo nojato della vita, il quale ove concepisca la feroce risoluzione di finir colla morte i suoi mali cerca troncar gl' indugi e uscir d' un colpo dallo stato di violenza in cui trovasi: 3.° che a questa probabilità, avvegnachè remota, le leggi hanno provveduto bastantemente colla massima salutare che la confessione de' rei non sia valutata se non coincide col corpo di delitto e colle altre processuali emergenze.

Ora ci proponiamo di dimostrare, che i principj da noi sin qui esposti concordano col Diritto romano.

Avvertasi prima di tutto che nulla hanno a che fare colla nostra questione nè quelle leggi che parlano in senso di materie civili come la *leg. 1. ff. de confess.* e la 25. *ff. ad leg. Aquiliam*, nè quelle riferibili alle confessioni estorte fra i tormenti come il §. *1. leg. 1. ff. de quaestion.* ed i varj testi del titolo *de S. C. Silaniano* fatto pei servi. Restringendosi il nostro discorso alle materie criminali ed alla confessione spontanea, due soli testi incontriamo analoghi alla questione cioè il §. 17. ed il §. 27. della *leg. 1. ff. de quaestionibus.* L' uno dice: *Divus Severus rescripsit, confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.* L' altro: *si quis ultro de maleficio fateatur non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur.* In quanto al primo dobbiamo preaccennare, che l' opinione di Anton Matteo di doversi riferire il rescritto di Severo o alla confessione estorta o alla confessione stragiudiziale fu già confutata vitto-

(1) Noct. att. Lib. XV. Cap. X.

riosamente dal Professor Nani, il quale osservò non essere quel rescritto applicabile alla confessione estorta perchè di essa parla il G. C. in altro §. della stessa legge, non alla confessione stragiudiziale perchè dai Romani non chiamavasi *reus* se non quello che era costituito in *reatu* mediante la delazione del nome e la contestazione della lite (1). Questo testo adunque è appunto riferibile al caso nostro; ma che ne discende? Non altro che il principio di diffidare della confessione de' rei, quando niun' altra prova si ha in giudizio della loro reità fuorchè la nuda loro confessione. Il che coincide appunto colla massima da noi adottata, mentre anche noi opiniamo che la nuda confessione del misfatto non è prova sufficiente di esso. Lo stesso deve dirsi dell' altro testo *si quis ultro*, se non che su questo cadono due speciali osservazioni. La prima è che in esso si contempla il caso di un reo che non interrogato e fors' anche non accusato si faccia *ultroneamente* a confessare un delitto, e in tal caso nulla sì giusto quanto il diffidare di una tale confessione che può esser suggerita da un profondo dolore o da una estrema disperazione. E che questo fosse il sentimento del G. C. lo dimostra l' esempio che subito soggiunge del servo *Primitivo*, il quale ultroneamente si finse omicida per non tornare presso l'iroso padrone. La seconda osservazione cade sulle parole *non semper ei fides habenda est*, la quale racchiude implicitamente la massima che *tal-*

(1) *Nani ad Matth. Vol. V. pag.* 164. *citata edit.* L' Anton Matteo, impegnato nell'assunto di attribuire indistintamente alla confessione del reo tutta la efficacia, si fece anche a sostenere che quel rescritto potesse riguardare una confessione destituita del fondamento del corpo di delitto. Il Nani rispose non potersi senza il corpo di delitto concepire un reo giudizialmente confesso, per la ragione che non può procedersi contro alcuno se prima il delitto non è in genere provato; massima giustissima, ma non ricevuta nel pretto metodo accusatorio, e forse non mai stabilito per legge dal romano Diritto. Ammesso però ancora, che l' Imperador Severo colle parole *nulla probatio* intendesse l' esclusione per fino della prova generica del delitto, non sarebbe mai questo testo in contraddizione coi nostri principj.

volta si possa e si debba prestar fede alla confessione del reo (1).

Poste così in armonia le leggi romane coi nostri principj, non ci resta che ad accennare quali siano i requisiti che rendono la confessione del reo *legittima*, cioè capace di costituire la prova legale della reità. Il Carmignani li fa giungere sino al numero di 14. (2) Noi li riduciamo a 10., e per meglio servire alla chiarezza li dividiamo in tre classi cioè I. in requisiti relativi alla *persona* del confitente: II. in requisiti relativi al *soggetto della confessione*: III. in requisiti relativi al *modo* di emetterla.

§. II.

I. I requisiti della confessione legittima relativi alla persona del confitente sono due: 1.° che egli abbia quell'età in cui comunemente si verifica il perfetto sviluppo delle facoltà intellettuali cioè anni 15. od almeno 14. compiuti. Questa età si richiede nei testimonj. A parità di ragione deve intervenire nel reo perchè deponga validamente contro se stesso. Nè si

(1) Devo qui prevenire una obbiezione. Dirà taluno che i citati due testi sono in contraddizione col principio da noi spiegato antecedentemente che la confessione del reo presso i Romani dava luogo senz'altra indagine alla immediata condanna. Si avverta però che quando parlasi di processo accusatorio de' Romani, non si può mai alludere a quei secoli, in cui Roma fu retta dagl'Imperadori. Questi (il dicemmo chiaramente alla pag 509.) furono al avversi alle guarentigie proprie dell'accusatorio processo, che a poco a poco il mutilarono in modo da farne restare quasi non altro che il nome. E appunto il solo nome a no di presso ne rimaneva quando Ulpiano scriveva i due testi da noi commentati. (Ce ne assicura Paulo contemporaneo di Ulpiano nella *leg.* 8. *ff. de publ. judiciis.*) I Giureconsulti poi, ben conoscendo, che la giurisdizione, data che sia in mano di Magistrati non ricusabili, ha d'uopo del freno della critica giuridica, arrichirono il Diritto di più canoni tratti da questa, uno de' quali è appunto il citato §. 17. *leg.* 1. *ff. de quaestion.*

(2) Elem. jur. crim. § 515.

opponga che la malizia talvolta supera l'età. Ciò si ridurrebbe ad una petizione di principio, giacchè sarebbe un supporlo già reo del delitto quando si disputa se lo sia. 2.° L'altro requisito è che sia in pieno senno quando emette la confessione. Ciò esclude il furore, l'ubbriachezza, lo stato di violenta passione, cose tutte ben facili a discernersi. Questi principj non hanno d'uopo di dimostrazione.

§. III.

II. I requisiti della confessione legittima relativi al soggetto della confessione sono 1.° che esista il corpo di delitto e con esso la confessione coincida. La mancanza di questo requisito non solo toglie alla confessione del reo ogni fede, ma opera persino l'effetto che non possa neppure promoversi la questione se l'inquisito sia colpevole. Difatti la Società nel metodo inquisitorio non può mai mettersi in azione per accorrere alla propria difesa, se prima non si è accertata che esista l'offesa, ossia non può volgersi a cercare il colpevole senza la previa certezza che esista il delitto. Una confessione perciò destituita della prova generica del fatto criminoso tanto è lungi dal provare la reità del cittadino accusato, che anzi converrebbe in questa ipotesi assolver l'inquisito come innocente. Che se il Diritto romano non prescrive in alcun luogo la necessità della prova materiale e formale del delitto qual base indispensabile del procedimento (1), talmente che si sono ve-

(1) Il citato Autore del *discorso sulle confessioni spontanee de' rei* nella parte II. cap. X. dimostra che la necessità del corpo di delitto non si conobbe presso i Romani, e non prima di Carlo V. fu stabilita con legge positiva. A questa opinione sembrano ripugnare due testi delle Pandette, i quali però facilmente si conciliano. Il primo è *il* §. 24. *leg.* 1. *ff. ad S. C. Silanianum* ove leggesi: *Item illud sciendum est, nisi constet aliquem esse occisum non haberi de familia quaestionem.* Sul quale è a sapersi che i Romani per assicurarsi che i servi non attentassero ai giorni dei loro padroni fecero il S. C. Silaniano, in forza di cui trovandosi ucciso un padre di famiglia dovevano sottoporsi alla

duti alcuni rei condannati sull'appoggio della propria confessione benchè destituita del fondamento della prova generica dell'azione criminosa, il decorso del tempo ha mostrato la loro innocenza, e l'umanità si dolse con amare lagrime della loro ingiusta condanna.

2.° Che la confessione sia circostanziata mediante l'indicazione della causa a delinquere, del tempo, del luogo, dei mezzi usati ec.

3.° Che queste circostanze siano verificate in processo.

La ragione di questi due ultimi requisiti è evidente. Una confessione spogliata d'ogni circostanza di causa a delinquere, di tempo, di luogo, di mezzi usati ec. non potrebbe essere se non che una inconsiderata proposizione sfuggita dal labbro dell'inquisito. Essa non potrebbe mai aversi qual criterio di verità. Che se poi fosse vestita di circostanze che nel processo venissero a smentirsi, il sospetto di falsità della confessione andrebbe ad ingigantirsi.

§. IV.

III. I requisiti della confessione legittima relativi al *modo* di emetterla consistono nell'esser 1.° *spontanea:* 2.° *costante:* 3.° *verbale:* 4.° *univoca* all'imputazione: 5.° *assoluta* cioè non escludente il dolo (1).

tortura tutti i servi per iscoprire il colpevole, e non poteva l'erede nè aprire il testamento nè andare al possesso dell'eredità se prima non era stato fatto a di lui diligenza questo crudele esperimento. Laonde non è meraviglia se non potevasi procedere al medesimo quando non costava dell'uccisione del padre di famiglia. Il secondo è la legge 8. *ff. de confessis* così espressa: *Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset incertum sit.* Questa però basta confrontarla colla precedente legge 3. dello stesso titolo per vedere che è relativa alle materie civili, e considera il caso che uno si confessi debitore di una cosa, la quale non si conosce se esiste in natura.

(1) Aggiungono alcuni il requisito che sia *giudiziale*. Parmi però questa condizione superflua, poichè è chiaro che tutta la disputa si aggira sulle confessioni giudiziali.

1.° È spontanea la confessione, quando non è estorta nè con tortura, nè con minacce, nè con suggesto, nè con male arti, o fraudolente interrogazioni o cose simili. Tutti questi riprovati mezzi astringono l'interrogato a dire ciò che non vorrebbe: distruggono dunque quell'armonia che deve passare fra la libertà che si determina a pronunciare un discorso ed il labbro che lo profferisce: distruggendosi quest'armonia non è l'impulso della veracità che fa parlar l'uomo, ma la coazione, per cui svanisce il fondamento della fede umana, poichè allora il notificante non espone ciò ch'è vero, ma ciò che lo porta o a sottrarsi al dolore o al timore, o ad aderire al suggesto, o a secondare incautamente la frode che gli viene tesa. Vedemmo a suo luogo che l'uso di questi mezzi annienta la fede del testimonio: perchè non dovrebbe annientare anche quella del reo confitente? Ecco perchè si è detto a proposito della tortura *mentietur qui ferre poterit, mentietur qui ferre non poterit:* ecco perchè tutti i buoni Scrittori hanno dannato a perpetua esecrazione lo strattagemma che Paride del Pozzo riferisce aver usato un Magistrato per indurre una donna inquisita a confessarsi rea d'aver ucciso il marito (1). Nè si opponga la possibilità di giungere taluna volta con questi mezzi a scoprire il vero. Un espediente, che in mille casi fa dire il falso, mal si giustifica colla probabilità che in uno o due faccia apparire il vero. La critica è fondata sull'analogia, e l'analogia considera quel che suole più comunemente accadere. Se una causa suole in mille casi partorire un effetto dannoso, quantunque sia fra i possibili che una volta produca un effetto giovevole, l'uomo argomentando per analogia dirà

(1) Ecco in quali termini viene dal citato Autore riferito il fatto. *Quaedam domina detenta erat ex causa quia dicebatur quod fuerat in morte viri machinata, et nil poterat probari. Regens fecit eam ad se evocari secrete in camera, et dixit quod volebat eam habere in suam, et finxit illam osculari, et cum ea ratiocinando et pollicendo liberationem, confessionem extorsit de homicidio viri: quae postea fuit decapitata* De Syndac. verbo *tortura*.

sempre, che quella causa è produttrice di sinistri effetti, e dovrà costantemente diffidarne seppur non voglia rinunciare alla logica ed al buon senso.

Fra le confessioni estorte quella pure annoverar devesi che venisse emessa dal reo in seguito della promessa d'impunità fattagli dal giudice inquirente. La promessa d'impunità contiene il suggesto, poichè quando tu prometti la impunità ad un reo se ti confessa il misfatto, vieni con ciò ad ingerire in lui l'opinione che tu sia già certo della di lui reità. Tu dunque vieni a porre per certo ciò che è incerto, e incorri nella suggestione. Il reo altronde, al quale tu fai simile promessa, se ti crede in facoltà di attenerla, si fa reo benchè nol sia ad accelerare la propria liberazione ed accorciar le angoscie del carcere. Nè possiamo preterire che il giudice inquirente, non avendo potere alcuno di accordare l'impunità ai rei, se mai si attentasse di prometterla, si farebbe autore d'una turpe frode, tradirebbe il proprio ministero, e si renderebbe immeritevole dell'importante officio che gli affida la legge.

Notisi bene poi, che noi qui parliamo della impunità offerta e promessa dal giudice inquirente, non di quella che derivasse dalla legge giusta il divisamento già da noi esposto alla pag. 393., e che il reo si facesse ad implorare di sua spontanea volontà senza l'eccitamento di alcuno. Imperocchè in tal caso ciò che l'inquisito si facesse a manifestare non potrebbe dirsi nè suggerito nè estorto. Rimarrebbe tuttavia il sospetto, di cui abbiam parlato alla pag. 725., escludente la credibilità del detto dell'impunito riguardo agli altri, e rimarrebbe del pari la necessità di verificare ne' modi legali le circostanze da lui rappresentate non solo per valersene a carico dei coagenti del delitto se e come di ragione, ma anche per trarne prova a carico dell'impunito medesimo, qualora decadesse dall'implorato beneficio (1).

(1) Per ben comprendere quanto qui si dice è d'uopo avere un'idea del pratico procedimento che ha luogo nel caso di richiesta d'impunità,

2. Può la confessione del delitto revocarsi dal reo *immediatamente* o pure *ex intervallo*, purchè peraltro in questo secondo caso egli provi l'errore e la causa dell'errore. Nell'uno e nell'altro caso manca in essa il secondo requisito (*costante*), e perde o in tutto o in parte la propria forza in giudizio. Non deve disprezzarsi la revoca *immediata*, poichè non sarebbe consentaneo nè alla logica nè alla buona fede e maestà de' giudizj il prendere al balzo una parola che sfugga dal labbro del reo e di cui egli subito si disdice, e formare su di essa un criterio di verità. Non deve disprezzarsi la revoca *ex intervallo* accompagnata dalla prova dell'errore e della causa di esso, poichè in tal caso, venendo il reo a documentare che non la verità ma l'abbaglio o la seduzione mossero il suo labbro, svanisce totalmente il fondamento della credibilità nel notificante (1).

Non è peraltro necessario che la confessione sia reiterata, come alcuni men rettamente opinarono per una erronea interpretazione della *leg. 2. Cod. de custodia reorum.* Le ri-

Eccolo ad istruzione degli apprendenti. Fatta dal reo la detta richiesta si registrano in foglio separato dal processo i riveli che il medesimo si offre di fare: il foglio non che la petizione d'impunità s'inviano al Sovrano per organo del competente dicastero. Se l'impunità viene denegata, se ne diffida il reo, si lacerano i fogli di rivelo, e si prosegue nei modi ordinarj il processo, nel quale se il reo è negativo, per tale deve essere considerato. Se l'impunità vien concessa, i detti fogli servono di direzione e di lume al funzionario inquirente. Siccome poi nel rescritto d'impunità suole apporsi la condizione che l'inquisito somministri i mezzi di verificazione a carico da' correi denunciati, così talvolta avviene che l'impunito manchi alla condizione, ed allora decade dall'ottenuto beneficio. In tal caso la sua confessione fa prova contro lui, purchè abbia i requisiti che per tutti gli altri rei si richiedono. — Vegganai gli art. 640. e seguenti del Regolamento di procedura criminale.

(1) La costituzione *Post diuturnas* nell'art. 31. proibisce di considerare come negativo quel reo che revoca la sua confessione senza provar l'errore e la causa dell'errore. Da questa sanzione legislativa si arguisce *a contrario sensu* la verità della massima che abbiamo di sopra stabilita.

flessioni fatte su questa legge dall' Anton Matteo e dal Professor Nani fanno abbastanza comprendere, non altro essere il senso di questo testo se non che, venendo un cittadino denunciato in giudizio qual reo di un delitto portante pena afflittiva sia esaminato, e quindi costando di sua reità sia assoggettato al carcere per essere poi richiamato ad esame quando la natura del giudizio il richieda (1).

3.° Manca il terzo requisito alla confessione quando è espressa con cenni ovvero quando si deduce in via di congettura dal silenzio del reo o dalla di lui contumacia, la quale alcuni Prammatici erroneamente chiamarono *praesumpta confessio*. Dicemmo nell' antecedente §. che la confessione deve essere *circostanziata*. I cenni, il silenzio del reo, la sua contumacia non presentano le circostanze del fatto. Dunque non sono mezzi atti a costituire una confessione che valga ad indurre un criterio di verità. Contro questa massima male si opporrebbe la *leg. 11. §. 4. ff. de interr. in jure faciendis*, ove rimane stabilito che il silenzio dell' interrogato si abbia per tacita confessione, mentre il suddetto testo parla di materia civile, e noi abbiamo più volte osservato che gli argomenti di analogia dai giudizj civili ai criminali reggono in senso oneroso al reo negativamente e non mai affermativamente (2). Non basta.

Accennammo altrove che il silenzio del reo nel criminale giudizio altro non è che un indizio di reità e nulla più, indizio che in molti casi può aver qualche valore ed in molti altri può essere di leggerissimo peso. Dimostrammo pure a suo luogo che nella contumacia può incorrer l'innocente al

(1) Ant. Matt. Vol. V. pag. 170. ed ivi il Nani. Le parole della legge sono le seguenti — *Si quis in ea culpa vel crimine fuerit deprehensus, quo dignus claustri carceris et custodiae squallore videatur, auditus apud acta, cum de admisso constiterit, poenam carceris sustineat, atque ita postmodum eductus apud acta audiatur.*

(2) Veggasi la pag. 274., ed il §. IV. cap. VI. tratt. III. del presente libro.

pari del colpevole. Sarebbe dunque superfluo l'aggiungere qui altri argomenti per provare che la confessione legittima deve esser verbale e che qualunque altra circostanza, da cui si pretendesse di dedurla presuntivamente, non può mai equivalere alla confessione esternata col linguaggio.

4.ª È la confessione *univoca* alla imputazione, quando si aggira su quel delitto pel quale appunto si procede. Non è nuovo nel foro il caso che un inquisito interrogato sopra una specie di azione criminosa, della quale si pretende reo, ne confessi un'altra di specie diversa per allontanare da sè il sospetto di quella, per cui viene inquisito (1). In tal caso chi non vede che il labbro del reo non è mosso dalla forza della verità, ma dall'interesse di evitare quella pena da cui viene minacciato? Chi non vede che allora la di lui confessione è *ultronea*, perchè viene a porre in iscena un fatto su cui non è interrogato? Se adunque l'*ultroneità* distrugge la fede del testimonio, perchè non dovrebbe distrugger quella del reo confitente?

È facile poi il comprendere aversi qui in vista il caso che si venga ad istituire in seguito il processo per quel delitto che il reo ad oggetto di esonerarsi si fece a confessare nel precedente giudizio. Nel qual caso è d'uopo interrogarlo analiticamente sul confessato delitto, e qualora sia negativo riguardarlo come tale (2).

5.° È *assoluta* la confessione quando il reo, nell'ammettere di aver commessa l'azione delittuosa che gli viene imputata, confessa ancora di aver ciò fatto con dolo. Ed è questo un requisito essenziale della confessione legittima, poichè se il reo nel farsi autore dell'azione, su cui aggirasi il criminale giudizio, sostiene di avere agito o per errore di fatto essenziale e invincibile, o per legittima difesa, o per lieve inavvertenza, ognun vede che la sua confessione si converte

(1) Un esempio ne offre Anton Matteo nel vol. V. pag. 161. della citata edizione.

(2) Anton. Matth. vol V. pag. 166. num. 6.

in una discolpa, non può più servire di base alla condanna, e non può a questa farsi luogo, tranne il caso che la parte attrice presti qualche altra prova esclusiva della discolpa medesima. Questo principio si renderà più chiaro da quanto siamo per dire nel susseguente paragrafo destinato a discutere la questione *se la confessione qualificata del reo sia scindibile* (1).

§. V.

Condizione essenziale a ben risolvere qualunque questione è il porre in modo esatto e preciso i termini di essa. La ricerca adunque sulla scindibilità della confessione qualificata del reo deve a nostro parere esporsi in questi termini — *Se il reo che si confessa autore dell'azione criminosa, ma al tempo stesso sostiene di averla commessa senza dolo o con circostanze attenuanti, debba provare la qualità giustificante o*

(1) Il Codice criminale Estense già da noi più volte citato contiene le seguenti disposizioni circa la confessione de' rei. Art. 543. *La confessione dell' imputato fa piena prova allorchè sia PURA e SEMPLICE, circostanziata, e verificata.* Art. 544 *La confessione si ha per verificata, quando nelle sue parti sostanziali di cosa, luogo, tempo, modo, qualità e persone è conforme a quanto si trovi cumulato in processo, sì in ordine alle prove generiche che alle prove specifiche del confessato delitto.* Art. 545. *Se l' imputato palesi altre circostanze o ignote, o non giustificate abbastanza in processo, devono queste ancora per quanto sia possibile verificarsi.* Art. 546 *Se alcuna delle circostanze sostanziali rimanga esclusa, la confessione si ha come erronea, e non fa piena prova.* Art. 547. *La revocazione della confessione ne debilita o distrugge la forza, secondo che le ragioni dedotte dall'imputato si trovino più o meno atte a convincerne la falsità od erroneità.* Articolo 548 *Ove l' imputato revochi la confessione senza addurre alcuna ragione, che la dimostri erronea o falsa, ella rimane in tutta la sua forza, sempre che abbia i requisiti superiormente indicati.* — Chi per poco rifletta su questi canoni di legge vedrà, ch' essi hanno una perfettissima coincidenza coi principj da noi adottati, e che il Codice Estense è stato saviamente cauto nel guarentire la libertà civile de' sudditi contro la soverchia tendenza de' Magistrati a prestar fede alle confessioni.

attenuante contenuta nella sua confessione, in modo che mancando in questa prova possa la confessione medesima considerarsi come semplice per gli effetti della condanna: oppure sia obbligo nel detto caso della parte attrice l'addurre la prova contraria alla esonerante esposizione del fatto, senza di che debba valutarsi integralmente la confessione medesima.

L'addurre qui la regola del Diritto civile *reus in exceptione fit actor* sarebbe una puerilità, poichè i giudizj criminali, sommamente più gravi dei civili, hanno molti principj totalmente proprj e distinti da quelli delle civili controversie. Antonio Matteo nel trattare questa questione prese da principio una retta via, ma poi ne deviò per dar luogo ad una limitazione che distrugge la regola. Comincia dal dire che quando il reo confessa di avere ucciso, ma sostiene di averlo fatto con diritto, non deve più disputarsi *se avvenne l'omicidio*, ma bensì *se avvenne con dolo*. Soggiunge che non è per questo esonerato l'accusatore dal peso di provare il dolo, e porta l'esempio di Milone, il quale fu condannato non tanto per non esser riuscito nella prova dell'aggressione per parte di Clodio, quanto perchè i Clodiani dimostrarono che Milone avvertitamente era stato uccisore. Fin qui molto rettamente. Ma nello aver soggiunto che le cose turpi nel dubbio presumonsi fatte con dolo, e che perciò il reo che asserisce commesso a propria difesa l'omicidio, deve provare almeno con indizj e congetture l'esclusione del dolo, altrimenti anderà soggetto alla pena ordinaria, o sarà sottoposto alla tortura, è caduto in una manifesta contraddizione (1). Nè questa sua seconda opinione è punto giustificata dalle due leggi che egli adduce, cioè la *leg. 1. ff. ad leg. Corn. de sicariis*, e la *leg. 5. Cod. de injuriis*. Imperciocchè se il G. C. Marciano nella prima dice *si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse*, questo testo altro non ci presenta che la fattispecie di un dolo provato mediante l'imbrandimento dell'arma micidiale e l'apportata ferita. Di più il contesto della

(1) De crimin. vol. V. pag. 172. et 173. cit. edit.

legge è diretto a stabilire il principio che l'uso di un'arma letale a sangue freddo è prova di voluto omicidio, mentre l'uso di arma non letale in rissa non offre la stessa prova: il perchè Marciano soggiunge *sed si clava percusserit aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo* (1). Ciò nulla ha che fare col caso di una confessione qualificata. In quanto all'altro testo le parole della legge *si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit* stabiliscono senza dubbio il principio, non potersi chi profferì la contumelia esonerare dalla pena se non col provare di non avere avuto l'animo di recare ingiuria; ma perchè? Perchè le contumelie si presumono sempre proferite con animo d'ingiuriare. Ma una regola inerente ad una specie particolare di delitto non può estendersi a tutti gli altri.

Prendiamo una norma più logica per giungere a risolvere la questione. Niuno ha mai dubitato che la parte attrice in un criminale giudizio deve provare non solo il fatto preteso criminoso, ma anche il dolo con cui si vuole commesso, poichè questo è un estremo essenziale della criminale azione. È del pari fuor di dubbio, che non può astringersi il cittadino accusato ad addurre nè la prova negativa del suo reato, la quale è inconcepibile in natura, nè la prova positiva d'innocenza che rarissime volte è in suo potere il prestare (Cap. I. di questo trattato §. I.). Noi consideriamo il caso che un reo, contro il quale l'accusatore o il Fisco non è riuscito nella prova, si faccia autore dell'azione su cui verte il giudizio, ma sostenga averla commessa senza dolo o con circostanze attenuanti. Con qual diritto si potrebbe scindere la di lui confessione, accettare la parte a lui contraria, rigettare quella che gli è favorevole, e condannarlo? Voi non potete considerarlo che o totalmente veridico, o totalmente mendace. Nel primo caso dovete abbracciare la di lui confessione come fu

(1) Veggasi l'interpretazione di questa legge nel §. X. cap. I. tratt. I. part. II. del libro IV.

emessa; nel secondo dovete rigettarla totalmente, ed accingervi a convincerlo con altri mezzi estranei alla di lui confessione. Voi non avreste la prova specifica: egli ve la presenta, ma in modo attenuante, od escludente il delitto. Quale enorme ingiustizia non sarebbe il prenderlo in agguato, dipartire il suo discorso, prestargli fede in una parte e negargliela nell'altra? Lascio di considerare che un reo, il quale poteva trovare il proprio scampo nella negativa, coll'appigliarsi invece alla confessione del fatto dimostra che vi è tratto o dalla coscienza che non gli rimorde, o dalla persuasione di non meritare tutto il rigore della pena. Conchiudo però che la storta massima di scindere la di lui confessione sovverte l'ordine de' giudizj, rovescia il peso della prova su chi non lo ha, e costringe il cittadino accusato ad esser sempre negativo con evidente discapito della morale e della giustizia.

Il principio viceversa di non scindere la di lui confessione, oltre essere coerente ai principj della logica giuridica, non è mai di pregiudizio all'esercizio del magistero penale; imperciocchè dato il caso che la parte attrice abbia provato il fatto, e che dalle circostanze di esso apparisca il dolo, la confessione qualificata del cittadino non gli gioverà, perchè allora il giudice decidente potrà a ragione condannarlo, rigettando totalmente la di lui confessione (1).

Risoluta così la disputa, mi rimane solo ad avvertire che questa massima, come discendente dall'indole generica di qualunque criminale giudizio, è propria tanto del sistema accusatorio, quanto dell'inquisitorio.

§. VI.

Se dal sin qui detto apparisce quanto diversa è l'indole e quanto dissimili sono gli effetti della confessione del reo considerata nei due opposti metodi accusatorio ed inquisitorio,

(1) Veggasi il Nani ad Ant. Matth. vol. V. pag. 159., e 160, il quale è concorde coi nostri principj.

se nel primo è una vera cessione di armi che fa nascer tosto la cosa giudicata senza bisogno che altro presti l'attore, mentre al contrario nel secondo è un vero mezzo di prova che deve essere sottoposto alla critica giuridica, non sarà più un paradosso ciò che altrove accennammo, cioè che la confessione del reo non esclude nel quesitorio processo la contestazione. Ma un punto così interessante di procedura deve qui richiamarsi ad esame.

Non si avrà mai forma retta di giudizio, nè guarentigia alcuna pel cittadino accusato, se la parte attrice non istabilisce in termini chiari e precisi il punto della questione. Ciò nel processo accusatorio si opera mediante il libello dell'accusatore, e noi vedemmo a suo luogo quanta precisione le leggi richiedano in quest'atto. Nel metodo quesitorio il punto di questione si stabilisce mediante la contestazione che è il *libello del Fisco*. Questa persona ideale, che dicesi *Fisco*, altro non è in sostanza nel metodo della ricerca d'ufficio che la Società offesa, la quale si fa attrice contro il presunto colpevole per mezzo di un cittadino, che a quest'uopo viene da lei investito delle facoltà necessarie. Essa deve dunque stabilire il punto della questione, cioè non solo il fatto materiale che pretende essersi dal reo commesso, ma anche la *caratteristica legale* del fatto medesimo, lo che non può eseguirsi senza una precisa contestazione che specifichi nell'azione l'essenza della *imputabilità politica* emergente da una legge promulgata. Ciò posto veniamo al reo confesso.

1.° Il reo con la sua confessione vi presenta il fatto: egli però non lo riveste della *caratteristica politica*: spetta dunque alla parte attrice l'attribuirgliela, e così manifestare apertamente e in buona fede al reo sino a qual segno la Società offesa lo pretende responsabile di pena.

2.° Sembra a primo aspetto che il reo con la propria confessione rinunci alla sua difesa in linea di fatto, ma la legge che non ammette rinuncie in punto di diritti inalienabili, la legge che nel processo quesitorio pone il massimo interesse nell'allontanar dal giudizio ogni pericolo di errore, la legge io dico

viene in suo soccorso, assume qual prova la sua confessione, la sottopone al crociuolo del criterio legale, e non le presta fede se non quando si convince che dessa regge al bagliore della critica giuridica. Se dunque la confessione nella ricerca d'ufficio non risolve per se stessa la questione neppure in punto di fatto, la contestazione al reo confesso è indispensabile.

3.° Il reo ha un pieno ed assoluto diritto a difendersi non solo in linea di fatto, ma anche in linea di diritto: ha diritto cioè non solamente d'impugnare coi mezzi legali il fatto criminoso di cui viene accagionato, ma ancora di mostrare che nel fatto stesso non concorse o in tutto o in parte quella caratteristica di politica pravità che la parte attrice ha creduto di ravvisarvi. Dato adunque e non concesso che la confessione del reo risolvesse la questione in punto di fatto, non la risolverebbe però mai in punto di diritto, e perciò rimarrebbe sempre l'obbligo nel Ministero inquirente di contestare al reo confesso la violazione della legge penale e l'incorso nella sanzione di essa. Ciò si rende ancor più evidente se si considera che la medesima azione può a norma delle circostanze presentare a cagion d'esempio o il semplice titolo di ferita, o un conato di omicidio, o un omicidio rissoso, o un omicidio premeditato ec. Se al reo si occulta l'aspetto politico, sotto il quale si pretende assumere il di lui operato, egli non potrà mai validamente difendersi: egli si difenderà su di un titolo, e sarà condannato per un altro: non si avrà più nei criminali giudizj la buona fede, ma regnerà anzi in essi la sopraffazione e la sorpresa.

Questi principj dimostrano ad evidenza la necessità nel processo quesitorio di contestare il reato all'inquisito confesso, necessità la quale è stata revocata in dubbio soltanto da quei Scrittori che incautamente confusero il processo accusatorio coll'inquisitorio. La legislazione Gregoriana ha sanzionata la massima analoga ai nostri principj nell'articolo 378. combinato col 370. del Regolamento di procedura criminale (1).

(1) Il Codice criminale Estense nell'art. 549. così dispone: *Anche all'imputato confesso competono gli ordinarj mezzi di difesa*. Parole che racchiudono la necessità della contestazione.

CAPITOLO IV.

Degl' istromenti, ossia della prova scritturale.

SOMMARIO

§. 1. *Principj fondamentali.*

§. 2. *Fino a qual segno sia efficace la prova scritturale nei criminali giudizj.*

§. 3. *Opinioni erronee intorno alla detta prova.*

§. I.

Appena l' umano intelletto giunse alla felice ed ammirabile invenzione dell' arte di scrivere (1), tosto si comprese che i vantaggi della medesima non limitavansi a poter per essa manifestare ai lontani i nostri pensieri, ma si estendevano alla

(1) Non v' è invenzione più nobile, più antica, e al tempo stesso più disputata nella sua origine quanto l'arte di scrivere. Eusebio l' attribuisce a Mosè: Erodoto a Cadmo di Fenicia fondatore di Tebe; al quale non può negarsi la gloria d' aver portato pel primo le lettere in Grecia. Di qui l' opinione, che i Fenicj siano stati i primi inventori di quest' arte, come cantò Lucano:

,, *Phoenices primi, famam si credimus, ausi*
,, *Mensuram rudibus vocem signare figuris.*

Non mancano però Autori gravissimi, che sostengono avere i Fenicj apprese le lettere dagli Assirj, ed altri osservando, che nel libro di Giob, Principe Idumeo contemporaneo e forse anteriore benchè di poco a Mosè, si fa menzione di libri e di scritture (cap. XIX vers. 23.), sostengono che nell' Idumea esistesse l' arte di scrivere prima dell' uscita degl' Israeliti dall' Egitto, cioè 1487. anni avanti G. C.

inestimabile utilità di render perpetua la memoria di que' fatti, che alla sociale prosperità interessava di eternare. Quindi primo uso dell'arte di scrivere fu il raccomandare a grafiche note su monumenti le grandiose gesta degli eroi, perchè i posteri avendole sempre presenti ne imitassero l'esempio. Cresciute poi le cognizioni e con esse i comodi della vita, i piaceri, i bisogni e la scambievole permuta degli oggetti alienabili, ampliatasi in fine la sfera del commercio, tosto si comprese il gran bene che potea trarsi dal confidare allo scritto i patti e le convenzioni de' cittadini. Per questo mezzo infatti l'uomo potè sostituire alla sua labile memoria un documento non perituro dei diritti acquistati mediante le altrui gratuite o non gratuite concessioni: la mala fede perdette la risorsa della menzogna, e la buona fede riposò tranquilla all'ombra di un'indelebile espressione de' proprj diritti. Così la prova scritturale divenne la *primaria prova* de' negozj civili: i legislatori fissarono le forme di redigerla, e giunsero ancora con savio divisamento a proscrivere in molti casi la prova testimoniale, imponendo così ai cittadini la necessità di valersi della prova scritturale.

Ma mentre questa specie di prova è primaria negli affari civili, ne' quali la testimoniale è meramente suppletoria (1), l'opposto avviene nelle materie criminali. Come infatti concepire che l'azione criminosa, cui si ha tanto interesse di occultare, venga affidata allo scritto, perpetuandone così le vestigia, mentre al malfattore giova il sopprimerle? È dunque rarissimo il caso, che gli scritti ossiano istromenti servano a provare un delitto, lo che ha dato origine alla disputa se i medesimi annoverar si dovessero fra le prove criminali.

Nel linguaggio del Diritto la parola *instrumenta* significa tutti que' mezzi, pe' quali si possono istruire le cause, ed in questo senso il detto vocabolo abbraccia anche i testimonj (2).

(1) Veggasi *la leg.* 1. *Cod. de testibus*, che il Cujacio trasse dai libri Basilici.

(2) Leg. 1. ff. de fide instrumentorum.

Più ristrettamente poi e più acconciamente chiamansi *istromenti* in materia civile quegli atti che servono a perpetuar la memoria fra i cittadini delle ultime volontà e dei contratti sì gratuiti che onerosi, sì unilaterali che sinallagmatici.

Ma nel linguaggio del Criminalista la parola *istromenti* come mezzo di prova ha un significato diverso e più ristretto. Imperciocchè una scrittura qualunque, in cui non sia concorso il reo, non potrebbe mai fornire per se stessa un mezzo di prova al delitto. Difatti fingasi pure che una scritta vergata da mano terza senza l'intervento dell'inquisito contenga delle notizie relative all' azione criminosa. O l'autore ne è noto, od è ignoto. Nel primo caso l'autore dev' esser chiamato ad esame, deve render conto della sua causa di scienza, e la prova allora discenderà dal suo detto, non dallo scritto, che potrà disprezzarsi come inutile stromento. E qui può richiamarsi il rescritto di Adriano — *testibus se non testimoniis crediturum* da noi spiegato nel §. IV. cap. II. di questo trattato. Nel secondo caso poi lo scritto non costituisce nè prova, nè indizio alcuno, perchè s' ignora se l'autore sia degno di fede o no, s' ignora se in lui fosse la causa di scienza, e perchè finalmente è in potere di qualunque impostore il gettar sulla carta una menzogna.

Neppure appartiene alla prova istromentale uno scritto, che il reo abbia ad altri dettato, oppure un istromento pubblico, nel quale il reo fosse concorso senz' averlo firmato. Imperocchè in ambedue questi casi la prova, che per mezzo di testimonj potrebbe ottenersi d'aver il reo dettato lo scritto, d' esser egli concorso nell' istromento, non differisce dalla prova che si farebbe per documentare, che un uomo ha ferito, ha ucciso, ha rubato, ha minacciato ec.

Che se talvolta avviene ne' criminali giudizj che si ricorra a certificati di pubblici Funzionarj per documentare un elemento costitutivo del delitto, come a mo' d' esempio quando producesi un sunto de' registri ipotecarj per provare non esser libero un fondo, che Tizio assoggettò ad ipoteca assicurandone la libertà e macchiandosi così di stellionato, ovvero

si esibisce un estratto de' libri parrocchiali per provare che Cajo è consanguineo in grado prossimo di quella, che con illeciti amplessi rese madre, per cui commise un incesto, e cose simili, ognuno agevolmente comprende, che in siffatti casi si ha propriamente parlando non la prova scritturale, ma l'attestazione di un testimonio privilegiato, il quale per la sua qualifica ha diritto di certificare in iscritto ciò che risulta dai suoi atti, senza comparire personalmente in giudizio.

Dal sin qui esposto discende che per *istromenti* ossia *prova scritturale* in materia di delitti altro non può intendersi se non *quegli scritti, che il reo vergò di propria mano* o *almeno sottoscrisse, e che hanno una qualche relazione col fatto criminoso* (1).

Ma in quanti casi la scrittura può avere relazione col fatto criminoso? In quattro, cioè 1.° quando lo costituisce sì essenzialmente, che senza la medesima non possa concepirsi l'azione criminosa, come nel *falso chirografario*, e nel *libello famoso*: 2.° quando lo scritto fu il mezzo, pel quale si operò il delitto, come nella *usura*, nello *stellionato*, e nel *mandato ad incendiare*, *ad uccidere* ec. 3.° quando contiene la confessione del delitto: 4.° quando contiene un indizio di colpabilità. Quest'ultimo caso però non merita una seria discussione, perchè se lo scritto contiene un mero indizio per esempio un'esternazione di odio, d'inimicizia contro l'ucciso, siccome aggiungendosi anche la certezza che lo scritto è veramente del reo, non si acquista che una semplice circostanza congetturale, la quale sta alla piena prova come al peso di cento libbre starebbe quello di un'oncia, così allora l'istro-

(1) Anton Matteo e Renazzi non danno alcuna definizione della prova scritturale. Il Cremani ne adotta una troppo ampia, che comprende ogni genere di scrittura. *De jure crim. lib. III. cap.* 23, §. 2. Quella del Carmignani avvicinasi alla nostra. *Elem jur. crim.* §. 526. Noi seguendo le traccie di essa abbiam soppresse le parole — *quaeque ad criminis probationem referri possunt*, perchè queste suppongono già dimostrato quello che deve porsi in questione.

mento costituisce una parte infinitesima della convinzione, e perciò non merita il nome di prova scritturale.

Gli altri tre casi poi possono per maggiore semplicità delle ricerche da istituirsi ridursi a due, cioè 1.° che la scritta presenti il delitto, sia che lo contenga per necessità di essenza, sia che lo contenga per esserne stato mezzo di esecuzione: 2.° che la scritta presenti la confessione del delitto.

§. II.

Premesse tali nozioni la Scienza deve ricercare sino a qual segno la prova scritturale influisca ne' criminali giudizj, se essa si sostenga di per se stessa, o abbia bisogno del presidio di altra prova, se essa sia d' indole artificiale o inartificiale.

Riassumiamo la già esposta partizione della materia. La scrittura o presenta il delitto, o contiene la confessione del delitto. Il reo poi dev' esservi concorso o con averla vergata di sua mano, o con averla sottoscritta. Ciò posto il reo costituito in giudizio o riconoscerà o impugnerà lo scritto. Di qui derivano quattro diversi casi da discutersi: I. scrittura che presenta il delitto riconosciuta dal reo: II. scrittura contenente la confessione del delitto pure riconosciuta dal reo: III. scrittura che presenta il delitto impugnata dal reo: IV. scrittura contenente la confessione del delitto pure impugnata dal reo.

I. Se lo scritto presenta il delitto, ed il reo lo riconosce per proprio senz' addurre alcuna discolpa d' errore, inganno o costringimento intervenuti nel vergarlo, noi abbiamo una vera confessione giudiziale del delitto. Non è però che questa confessione non attinga in parte la sua forza dallo scritto. Questo costituisce la prova generica del delitto: la confessione vi coincide: essa non sarebbe valida senza quello. Abbiamo in questo caso, se la confessione è ineccezionabile, una prova piena, legale, inartificiale, la quale però discende dalla confessione giudiziale più che dallo scritto.

II. Se lo scritto contiene la confessione del fatto criminoso, ed il reo lo riconosce per proprio, è a vedersi se nega la propria reità, o se la confessa. Nel primo caso lo scritto costituisce una confessione stragiudiziale e nulla più, la quale sarà più o meno influente in ragione inversa delle eccezioni, che contro essa adduce il reo; ma in ogni modo non sarà più che un indizio da calcolarsi unitamente agli altri, cui presenta la fattispecie giudicabile. Nel secondo si avrà una confessione giudiziale ed una stragiudiziale, e se la prima avrà tutti i requisiti che la innalzano al grado di prova legale, cesserà ogni bisogno di ricorrere alla seconda.

III. e IV. Se il reo impugna lo scritto, vi sono tre mezzi per giungere alla certezza o almeno alla probabilità, ch' egli ne sia l' autore. 1.° Il deposto giudiziale de' testimonj che lo videro scrivere sia che il caso li facesse trovar presenti, sia che abbiano secolui firmato lo scritto. Su di che deve porsi attenzione al seguente avvertimento. Spesso avviene, che i testimonj nel firmare lo scritto si rendono complici del delitto in esso contenuto, lo che si verifica esempigrazia quando Tizio falsificasse una obligazione a nome di Cajo imitandone il carattere, ed i testimonj si segnassero come presenti alla firma di Cajo stesso. In tal caso la loro testimonianza, tuttochè conteste, non può costituire la prova legale; imperocchè questa presuppone testimonj idonei, ed essi non sono tali. Se però i testimonj avessero firmato un contratto contenente a mo' di esempio uno stellionato costituito dalla dazione in ipoteca fatta dal reo di un fondo, che non era suo, e ch' egli assicurò essere proprio, senza che essi parteeipassero in guisa alcuna a tale frode, in siffatta ipotesi i testimonj stessi possono costituire la prova legale, che la firma apposta al contratto è veramente del reo, o che la scrittura è tutta vergata per mano di lui, se si trattasse di un contratto effettuabile per atto privato. Qual conseguenza giuridica da ciò derivi il vedremo fra poco.

Esaminiamo ora l' altra parte dell' ipotesi cioè che i testimonj senz' essersi firmati alla scritta siansi trovati presenti

quando il reo la vergò o la sottoscrisse, e poniamo che si reputino abili ad attestare, che realmente il reo fece la scrittura, ovvero la firma apposta alla medesima. In siffatto caso ognuno comprende *quanto lubrica quanto equivoca* sia la loro causa di scienza. *Carmignani teoria delle leggi ec. volume IV. pag. 172. a* 173. Non potendo i testimonj aver tenuto in mente tutte le parole componenti lo scritto nè molto meno aver conservate impresse ne' loro sensi le figure costituenti le singole cifre, la loro attestazione pecca di temerità, e non può tranquillare l'animo del giudice sulla verità e identità dell'istromento.

Qui poi è anche opportuno lo avvertire, che se fra i testimonj che soscrissero col reo il foglio vi fosse concorso anche il Notajo, questi non avrebbe maggior credibilità di un altro testimonio, e dovrebbe al pari di ogni altro essere sentito in esame, poichè il Notajo ha la fede publica negli affari civili, e non ne' criminali (1). Alla qual cosa non avvertendo il Filangeri, cadde nell'errore di porre per canone di giudicatura sulla prova scritturale il seguente: *Una scrittura autentica che prova immediatamente il delitto* e *l'autore del delitto, colla sua propria fede ed autorità sarà una prova legale* (2).

Il secondo mezzo per iscoprire se autore dello scritto impugnato sia il reo è il confronto de' caratteri, ossia la *perizia calligrafa.* Essa consiste nel giudizio di uomini periti nella

(1) Carmign. Elem. jur. crim. §. 528.

(2) Per meglio comprendere la falsità di questo canone si finga un esempio. Tizio mediante publico istromento prende a mutuo sc 1000, e dà in ipoteca un fondo che giura essere di sua libera proprietà, mentre poi si scopre che lo possedeva *pro indiviso* con altri due fratelli, talchè il creditore rimane privo della debita garanzia, e resta danneggiato. Ecco una scrittura che a primo aspetto sembra colla sua sola fede provare il delitto di stellionato e l'autore di esso. Eppure se non chiamate ad esame il Notajo ed i testimonj per avere la prova che Tizio realmente intervenne all'istromento, che realmente promise e giurò la libera proprietà del fondo, che non fu da alcuno tratto in errore, voi non avrete mai la certezza morale della di lui reità.

calligrafia, i quali posto a confronto uno scritto di carattere *certo* del reo collo scritto impugnato ed *incerto* ne deducono che la mano che ha vergato il primo deve esser autrice anche del secondo. È facile per altro il ravvisare, che questo altro non è che un giudizio di mera probabilità, perchè i periti non possono stabilire con sicurezza che il reo abbia realmente vergata l' impugnata scrittura, ma soltanto dalla conformità delle cifre fra lo scritto certo e l' incerto deducono la somma probabilità che l' autore del primo lo sia anche del secondo. E siccome i caratteri spesso si assomigliano e più spesso ancora artificiosamente s' imitano, così è forza vieppiù convincersi che la perizia calligrafa offre una probabilità che il reo sia autore dello scritto impugnato, ma non la certezza morale che lo sia (1).

Il terzo mezzo per giungere a provare autore il reo dello scritto impugnato, è quello di sottoporlo alla vista di testimonj, che abbiano una lunga pratica del carattere dell' inquisito. Questo terzo mezzo è meno usato nel foro del precedente, ma è di gran lunga più utile. Le cautele giuridiche per praticarlo legalmente sono le seguenti. Lo scritto impugnato dovrà trascriversi fedelmente da due diversi amanuensi in carta e forma consimili all' originale. Le due copie poste alla rinfusa coll' originale verranno presentate ai testimonj, i quali saranno invitati a riconoscere lo scritto vergato dal reo. Se essi in modo non dubitativo ma certo riescono nella scelta, si avrà un fondamento validissimo per dedurne la somma probabilità che l' inquisito sia autore dello scritto impugnato. Porto quindi opinione che questo terzo esperimento debba più frequentemente porsi in opera dai giudici inquirenti, senza trascurare quello della perizia calligrafa.

(1) Concorda il Filangeri nel suo canone 2. sulla prova scritturale. Giustiniano nell' esordio della Nov. 73. chiama *inopinabile* il fatto avvenuto in Armenia di una scrittura così bene imitata, che giunse ad ingannare la religione dei testimonj. Dunque fin dai tempi di quell' Imperadore la malizia degli uomini era giunta a questa frode,

Ma quando uno o più di questi mezzi saranno stati impiegati per rintuzzare la negativa del reo, che impugna la scritta, qual risultato di prova avremo? Ritorniamo alla distinzione, che è il cardine delle nostre ricerche in questo capitolo. O la scritta contiene il delitto, ed allora se due o più de' testimonj, che firmarono l'atto senza contrarre la complicità del crimine, attestano, che il reo senz' essere stato da alcuno nè costretto nè indotto in errore vergò o firmò la scritta, viene con ciò a sorgere la *prova legale* della colpabilità. Ed è questo il secondo ed ultimo caso di un tal risultato nella subbietta materia. Esso dipende quasi al tutto dall' autorità testimoniale. Se poi in mancanza di questa, si sarà dovuto ricorrere al secondo ed al terzo esperimento di ricognizione, questi due mezzi, sebbene uniti insieme e legalmente praticati con eguale risultato inducano una urgente presunzione, che il reo sia stato l'autore dello scritto, pure non costituiranno mai una prova legale del reato, ed al più potranno, nella specialità del sistema giudiziario ricevuto, costituire la *certezza morale dell' uomo*, ma non mai la *certezza della legge*.

O lo scritto impugnato contiene la confessione del delitto, ed in questo caso quantunque concorressero insieme tutti tre i mezzi di ricognizione, non si avrà che una confessione stragiudiziale dell' inquisito, e nulla più. La concorrenza stessa del Notajo nel vergare la scrittura non potrebbe attribuirle la natura di confessione giudiziale. Imperciocchè il solo giudice è dalla Società investito del potere di ricevere le confessioni giudiziali de' rei (1). In questo caso adunque la prova non esce dal rango delle artificiali cioè degl' indizj (2).

(1) Carmign. Op. cit. §. 527.

(2) Riportasi dall' Anton Matteo e dal Renazzi sulla fede dello Storico francese Tuano il fatto del Maresciallo Biron, che in Francia nel 1602. fu al dire di quello storico convinto di maestà lesa, perchè di quattro fogli contenenti i trattati col nemico della patria riconobbe il primo ed il terzo, impugnando il secondo, il quale però si ebbe per

Ed ecco soddisfatto a tutte le ricerche che ci abbiamo proposte. La prova scritturale può concorrere a documentare qualunque delitto. Essa però non costituirà mai per se sola la piena prova del delitto in ispecie, ma avrà bisogno o della ricognizione del reo, o della perizia calligrafa, o de' testimonj. Essa finalmente può in due casi giungere col sussidio d'altre prove ad acquistare il carattere di *legale*; ma in tutti gli altri sarà sempre artificiale ed induttiva (1).

§. III.

Il sin qui detto apre la strada a trovar l'origine delle varie erronee opinioni, in cui incorsero i criminali Scrittori riguardo alla prova istromentale. Non parlerò di quelli che la esclusero dal novero delle prove appoggiati al rescritto di Adriano: *testibus se, non testimoniis crediturum;* poichè qual sia il senso di questo testo fu altrove spiegato. Il Farinaccio pose dapprima il principio, che il delitto non provasi per mezzo d'istromenti, ma poi eccettuò tutti i delitti che si commettono collo scritto, non che la congiura, il falso, l'usura, lo spergiuro, la subornazione de' testimonj, e simili, e così a forza d'eccezioni fece sfumare la regola. Il Boemero negò agli istromenti ogni forza probatoria con questo raziocinio. *Le scritture non hanno forza alcuna in giudizio se non sono riconosciute: la ricognizione del reo equivale ad una confessione giudiziale del delitto: dunque o esiste la confessione giudi-*

autografo, attesa la connessione grammaticale coll'antecedente e susseguente. Questo esempio ad ogni modo non distruggerebbe i nostri principj *Carmignani Teoria delle leggi ec. vol. IV. pag.* 173. *nota* 1 Il fatto però sta che Biron aveva confessato il suo delitto ad Enrico IV., e la sua difesa consisteva nel dire che il Re gli aveva perdonato. *Cause celebri Firenze* 1840. *vol. I. pag.* 318.

(1) In questo senso appunto il Codice criminale Estense proclama con senno nell'art. 552. questa massima. *Qualunque documento, scritto anche per mano dell'imputato, non eccede i confini della prova indiziaria.*

ziale, o *si ha un mezzo inefficace di prova* (1). Confrontando questo raziocinio del Boemero coi principj da noi esposti è facile il ravvisare che il di lui errore consiste 1.° nell'aver considerata la questione sotto un solo aspetto: 2.° nel non aver posto mente che quando il reo riconosce per propria la scrittura costituente il delitto, la prova specifica sorge dalla confessione, ma la generica sorge dallo scritto: 3.° nel non aver riflettuto che uno scritto impugnato può con altri mezzi indipendenti dalla confessione del reo essere riconosciuto e servire di elemento di prova.

Finalmente senza parlare dell'Anton Matteo che trattò molto superficialmente la questione, nè del Renazzi che vi si internò maggiormente, ma non quanto alla materia si conveniva, conchiuderemo che la piena filosofica analisi di questa prova devesi all'illustre Carmignani, le cui vestigia abbiamo seguite, non omettendo però quelle modificazioni ed addizioni, che ci parvero necessarie.

(1) Elem. jurisp. crim. Sect. I. cap. XI, §. 225.



CAPITOLO V.

Della prova indiziaria.

SOMMARIO

§. I.

Tutto il mondo sì fisico che morale reggesi per una continua concatenazione di cause e di effetti, e le scienze tutte che sono di dominio dell' umana intelligenza s' aggirano nel conoscere le une e gli altri. E perchè bene spesso noi percepiamo i secondi senza conoscere le prime e viceversa, allora noi argomentiamo dagli uni alle altre, o all' opposto. Noi allora ci inoltriamo alla cognizione delle cose per induzione, e possiamo ben chiamarci felici quando in questa operazione induttiva del nostro intelletto non cadiamo in errore, la probabilità del quale ha fatto dire al Poeta, che cantò della natura delle cose:

» *Felix qui potuit rerum cognoscere causas* ».

Ma spesso si verifica che un effetto può avere origine da più e diverse cause, come del pari una causa è talvolta produttrice di più e diversi effetti. Allora è equivoca e fallace l' induzione dalla causa all' effetto e viceversa. Perchè non fosse tale converrebbe che l' effetto, su cui cadesse questione, per

legge fisica o morale invariabile non potesse ripetere la sua origine che da una sola causa, o che la causa fosse *sempre* produttrice di un solo e medesimo effetto.

Quando alcuno si propone di costruire artificialmente la prova della reità di un accusato, non fa che raccogliere una moltitudine di cause e di effetti che gli sono *noti*, e in via induttiva ne deduce la colpabilità di quell' individuo, la quale gli è ignota. L' accusato era nemico dell' ucciso: ecco una causa da cui si deduce in via presuntiva l' effetto, cioè l' omicidio. L' accusato fu visto poco dopo il delitto intriso di sangue: ecco un effetto, da cui in via presuntiva si deduce come causa il delitto, cioè l' uccisione. Ambedue le suddette circostanze ed infinite altre consimili, che impossibile sarebbe il noverar tutte, sogliono chiamarsi *indizj* per un linguaggio autorizzato dalla consuetudine del foro, linguaggio però che al dire dell' illustre Carmignani racchiude una petizione di principio (1), poichè se *indizio* viene *ab indicando*, tal nome s' addice soltanto a quei segni, che ci apportano l' infallibil certezza d' una cosa che ci sarebbe altrimenti ignota. I quali segni essendo in materia di delitti rarissimi, converrebbe per l'esattezza del linguaggio scientifico sostituire alla parola *indizio* quella di *circostanza induttiva.*

La circostanza induttiva poi, o se così piace *l' indizio* (poichè non vogliamo immutare la ricevuta nomenclatura), affinchè abbia una qualche influenza ne' criminali giudizj deve andar congiunto con queste due condizioni cioè 1.° dev' esser *certo* ch' è quanto dire pienamente provato, poichè l' incerto altro non può produrre che incertezza, e non è mai base o fondamento alla cognizione delle cose: 2.° deve avere una concatenazione o come causa o come effetto col fatto ignoto che si vuol dimostrare.

Ciò premesso, abbandonando noi le tante diverse definizioni degl' indizj o troppo sterili o troppo ampie, e quasi tutte inesatte, diciamo essere l' indizio *un fatto noto da cui per un argomento di analogia tratto dal consueto ordine delle cose si*

(1) Teoria delle leggi ec. vol. IV. pag. 176.

deduce la probabilità o la certezza del fatto ignoto che si vuol dimostrare. Passiamo ora alle varie distinzioni degl' indizj.

1.° V' hanno nell' ordine fisico degli effetti, che (per quanto almeno è noto all' uomo) non ripetono la loro origine che da una sola causa. In questo caso l' effetto diviene un vero indizio cioè un segno *necessario* ed infallibile della sua causa, e porta alla certezza fisica della medesima. Tale è lo esempio riportato dall' Anton Matteo: *virum expertam esse eam quae peperit*. Questa osservazione ha fatto nascere la primaria distinzione degl' indizj in *necessarj* e *contingenti*; distinzione però che conviene piuttosto agli *argomenti*, che si traggono dagl' indizj, di quello che agl' indizj stessi (1). Seguendo tuttavia il linguaggio del foro chiameremo indizj *necessarj* quegli effetti che hanno un' infallibile connessione colla loro causa, o viceversa: *contingenti* quelli che hanno una connessione meramente probabile.

Ma qui sorge una importante ricerca, cioè se l' indizio necessario sia esclusivamente proprio dell' *ordine fisico*, o se possa concepirsi anche nell' *ordine morale*. A risolverla giova il considerare la diversa indole di questi due ordini. Il primo è regolato da leggi *costanti* impresse nella materia dall' AUTORE della Natura, leggi ch' egli solo può interrompere o sospendere, e che allora soltanto interrompe o sospende quando alti fini di sua gloria concorrono. L' ordine *fisico* adunque è per l' uomo immutabile, e perciò in quest'ordine le *vere cause* sempre e inalterabilmente partorir debbono i respettivi loro effetti, e viceversa. Il perchè, se l'uomo è divenuto cadavere per una o più mortali ferite, se la donzella scorgesi spogliata del bel fiore della verginità, se in un campo si trovano avulsi dal suolo tutti gli alberi fruttiferi, non si potrà dubitare della *prova materiale* nel 1.° caso dell' omicidio, nel 2.° dello stupro, nel 3.° della devastazione. Ma l' ordine *morale* è appunto

(1) L'indizio è un fatto noto: l'argomento è una operazione induttiva del nostro intelletto nascente dal detto fatto. Distinzione da notarsi.

chiamato tale perchè dipende dalla volontà dell'uomo: e la volontà dell'uomo è *libera*, come fin dal principio di questo corso avvertimmo. Ora ella è appunto questa libertà di volere inerente all'animal perfettibile, che vieta il concepire indizio necessario nell'ordine morale. Tizio fu ucciso, e Cajo n'era nemico. Argomentando dall'inimicizia dell'uccisione io non veggo altro che una probabilità remota, perchè considero che Cajo libero nella sua volontà poteva ad onta della sua inimicizia astenersi dall'uccidere (1).

Nè con questo discorso intendiamo già di sostenere che dall'ordine fisico non possano trarsi indizj suscettibili d'indurre la presunzione della colpabilità. Ciò ripugnerebbe all'esperienza, la quale ci addita poter concorrere nell'accusato una aspersione di sangue, una contusione o ferita, cui possa presumersi aver egli riportato nell'atto del delitto, e cose simili; ma cosiffatti indizj non potranno mai aver la forza di provar *per necesse* la colpabilità, perchè nelle moltiplici combinazioni che modificano gli avvenimenti *morali* umani è benissimo concepibile che il reo siasi asperso di sangue, o che abbia riportata la contusione o la ferita mediante un fatto per di lui parte incolpabile. Non basta. Fingasi che que' due indizj ci portino a riconoscere in Cajo l'uccisore di un uomo rinvenuto cadavere. Rimarrà tuttora a risolversi il dubbio se lo abbia ucciso con dolo, o per caso, o per legittima difesa di se stesso. E questo dubbio perchè? Perchè le azioni morali dell'uomo non sono regolate da leggi costanti e invariabili, ma bensì dalla umana volontà libera, mutabile, suscettibile di più e diversi proponimenti che possono l'un l'altro succedersi colla rapidità del baleno. Teniam dunque per fermo, che gl'indizj necessarii sono nell'ordine morale ASSOLUTAMENTE INCONCEPIBILI. Per lo che è forza conchiudere che siffatti indizj possono bensi verificarsi nella prova generica dei delitti di fatto permanente, la cui esistenza è connessa colle fisiche leggi, ma non mai

(1) Altre esitazioni su quell'argomento si eleverebbero, che qui non è il luogo di rimarcare.

concorrere nella dimostrazione della colpabilità specifica dello accusato od inquisito (1).

2.° L'ignoranza e le pregiudicate opinioni hanno spesso attribuito alcuni effetti a cause meramente fantastiche e chimeriche. Così il rimaner soccombente in un duello, il non reggere alla forza del fuoco ec. furono riputati ne' bassi tempi quali effetti della reità, sebbene questa non abbia alcun rapporto con cotesti effetti. Di qui la distinzione degl' indizj in *legittimi*, ed *illegittimi*; i primi cioè che hanno una probabile connessione col fatto ignoto che si vuol dimostrare: i secondi che non l' hanno di sorta alcuna.

3.° Ma la conseguenza che si deduce da questa connessione ora è più spesso veridica che fallace, ora è più spesso fallace che veridica. Nel primo caso si hanno gl' indizj *prossimi*: nel secondo i *remoti*. A ben distinguere i primi dai secondi 1.° si richiede una profonda esperienza delle umane cose: 2.° conviene indagare coll' intelletto tutte le possibili cause a cui l' effetto, che si erige in indizio, è attribuibile, o viceversa. Più cresce il numero delle cause, più l' indizio è remoto: più questo numero scema, più prossimo è l' indizio. La probabilità d' errare argomentando con un solo indizio può per esempio stare a quella di non errare, come mille a uno, come 100. a uno, come 10. a uno.

4.° L' effetto o la causa che si erige in indizio può riconoscere come causa o viceversa come effetto ora una sola specie di delitto, ora qualunque azione criminosa. Nel primo caso si hanno gl' indizj *proprj*, nel secondo i *comuni*. Il possesso di un' arma insanguinata preso come indizio di reità non può attribuirsi che a ferita od omicidio: essa è indizio proprio. La fuga può attribuirsi a qualunque delitto: essa è indizio comune.

Noi in questo capitolo non ci occuperemo che degl' indizj *comuni*; poichè il trattare de' *proprj* esige la cognizione de-

(1) Concorde è il Carmignani *Elem. jur. crim.* §. 551., e nella *Teoria delle leggi ec.* vol. IV. *per totum.*

gli estremi che costituiscono i singoli delitti. Di essi adunque ci riserbiamo il dirne alcun che in que' luoghi del libro IV., ove l'opportunità sia per richiederlo.

§. II.

Fra gli indizj comuni prossimi soglionsi annoverare 1.° la presenza del reo nel luogo del commesso delitto, nel tempo appunto in cui questo accadde: 2.° il ritrovamento presso il reo d'una cosa che ha relazione col delitto: 3.° il ritrovamento sul luogo del delitto d'una cosa appartenente al reo: 4.° l'ajuto prestato al delinquente dopo il delitto per esempio o col nasconderlo alle ricerche della Forza publica, o collo occultare gl'istromenti e le tracce del delitto, o con altri simili modi: 5.° la stragiudiziale confessione del delitto: 6.° la transazione fatta sul medesimo.

A questi aggiungono taluni la deposizione di un solo idoneo testimonio, che vide commettere il misfatto. Molto impropriamente però a mio credere, perchè l'indizio come osservammo non può rettamente concepirsi se non in un fatto noto, il quale preso o come causa o come effetto del delitto conduce induttivamente l'animo nostro a presumere la reità dello accusato. L'asserzione di un solo testimonio non ha il carattere d'indizio: essa chiamisi pure *semiprova*, o se più piace *notificazione imperfetta*, ma non le si attribuisca un nome, che in buona logica non le compete.

Premessa questa necessaria digressione torniamo ai detti indizj.

Nel primo, secondo e terzo indizio è chiaro che si assume il ritrovamento della persona o della cosa come effetto e la reità dell'accusato come causa. Ma siccome un uomo può trovarsi sul luogo del delitto per cento cause innocenti, e parimenti una cosa può trovarsi in un luogo piuttosto che in un altro per più cagioni estranee alla reità, così è evidente che per aversi ne' detti tre indizj la natura di prossimi bisogna che il reo o non sappia addurne alcuna ragione, o ne

adduca una del tutto inverosimile. In questo caso ponderando per una parte la probabile connessione che passa fra la reità come causa e il ritrovamento della persona o cosa come effetto, e ponderando dall' altra l' inverosimiglianza che esistendo altra causa innocua del ritrovamento non sia questa a cognizione del reo, voi vi convincete della prossimità dell' indizio, e su di esso erigete una ragionevole presunzione. Ciò non potreste fare se vi fosse stata addotta dal reo un' altra probabile causa del ritrovamento, o se sull' indizio il reo stesso non fosse stato interrogato (1).

4.° Dicemmo nel libro I. pag. 215. e seguenti che una complicità posteriore al delitto è una contraddizione in termini, e che l' ajuto dato ad un delinquente *a parte postea* potrà bensì costituire talvolta un delitto *sui generis*, ma non mai una vera e propria complicità. Ma se quest' ajuto posteriore non costituisce complice l' ausiliatore, offre però un indizio che questi sia tale per altri atti cooperativi al delitto. Ed ecco come questa specie di ajuto entra nella categoria degl' indizj.

Anche qui è osservabile che la reità si assume come causa, e l' ajuto prestato come effetto di quella. Seguendo sempre il nostro canone fondamentale noi ci facciamo ad indagare a quante cause incolpabili può attribuirsi l' ajuto prestato ad un delinquente *a parte postea*, poichè da questa indagine dipende il conoscere la maggiore o minore prossimità di quest' indizio. Le cause incolpabili sono 1.° la parentela od affinità fra l' ausiliatore e il delinquente: 2.° l' errore, ossia l' inscienza nell' ausiliatore che l' uomo cui egli presta ajuto

(1) Carmign. Elem. jur. crim. §. 534. Ricordiamoci però sempre, che anche l' indizio prossimo è una probabilità e non più. Giorgio Vaughan nel 1812. corse pericolo d' esser condannato a morte come omicida dai Giurati inglesi, perchè il di lui coltello congruente alle ferite della vittima era stato trovato in prossimità di questa. Giorgio lo aveva dimenticato in un' osteria, ed il vero omicida, che si trovò poi nel numero de' Giurati, lo aveva preso per commettere il delitto. *Album di Roma* 17. giugno 1843.

sia delinquente, o che gli oggetti, cui egli ricetta, siano pertinenti a un delitto: 3.° la compassione. In quanto alla prima quando essa concorra nell'inquisito, allora l'indizio di cui parliamo perde tutta la sua forza, poichè avendosi una causa conosciuta e provata a cui attribuire l'ajuto prestato, non può ricorrersi a una causa sconosciuta e presunta quale sarebbe la complicità. E qui devo avvertire che altro è il principio legale pel quale si esonera dalla pena il consanguineo od affine del reo, che sia stato ausiliatore od occultatore, in que' misfatti, in cui l'occultazione costituisce un delitto *sui generis* (lib. 1. pag. 219. a 220.), altra è la massima di cui qui si parla. Quello è principio di Diritto e restringe i suoi benefici effetti ad una parentela o consanguineità prossima. Questa è questione di procedura e di logica giuridica, ed estende le sue conseguenze a qualunque grado di parentela od affinità eccetto che remotissima.

La seconda causa (cioè l'errore), siccome presa anche come meramente possibile distrugge la concatenazione fra la causa e l'effetto, ossia fra l'ajuto e la complicità come di lui causa presuntiva, deve escludersi con prove positive dal Fisco o dall'accusatore, vale a dire deve l'uno o l'altro provare nell'imputato la scienza che il suo ajuto serviva all'occultazione di un delitto: altrimenti l'indizio di cui parliamo si risolve in nulla (1).

Esclusa poi la prima e la seconda causa incolpabile, non rimane se non la possibilità della terza, ed allora la probabilità di errare argomentando con quest'indizio starà alla probabilità di non errare come 1. a 1. Ecco come quest'indizio veste la natura di prossimo. Ed è facile il comprendere che congiunto ad altri come sarebbe la mala fama dell'imputato nello stesso genere di delitto, la di lui precedente associazione in tempo sospetto col delinquente ec. può influir grandemente a produrre la convinzione dell'uomo.

(1) Questa scienza però provasi anche validamente in via presuntiva, quando per esempio l'oggetto ricettato non poteva legittimamente possedersi da chi ne fece il deposito.

5.° La stragiudiziale confessione del delitto, la quale non è più che un indizio, offre anch'essa un argomento da effetto a causa. Ora quali sono le più comuni cause incolpabili di una confessione stragiudiziale? L'alterazione dell'intelletto prodotta da una veemente passione, l'ubriachezza, lo spirito di millanteria, lo scherzo e cose simili. A misura dunque che si escluderanno più o meno le suddette cause incolpabili, l'indizio sarà più o meno prossimo. Non è poi possibile l'escluderle ad evidenza tutte per l'inconcepibilità della prova negativa, la quale porta il bisogno di tante singole prove positive per costituire la detta esclusione. Ma quand'anche in ciò si riuscisse, non si dovrà mai perder di vista, che l'impressione delle parole sulla potenza uditiva dell'uomo è sommamente fugace, che il senso di esse dipende dall'inflessione della voce, dal tuono, dal gesto con cui si profferiscono e s'accompagnano. Per la qual cosa, ad effetto di aversi nella stragiudiziale confessione un'indizio prossimo, è d'uopo escludere possibilmente le quattro cause incolpabili più comuni, e far precisare ai testimonj il tuono ed il gesto, con cui fu profferita.

Un'altra osservazione poi di non lieve importanza appresentasi su questo indizio. Se della confessione giudiziale depone in giudizio un solo testimonio, che afferma averla il reo seco lui emessa, è chiaro che quest'ultimo ebbe intenzione di depositare nel seno di persona amica, o almeno creduta tale, un arcano, che aveva tanto interesse di nascondere. Il testimonio adunque parlandone in giudizio, mostrasi violatore del sigillo del naturale segreto, sigillo infrangibile per l'uomo probo. E questo sigillo egli lo infranse prima di comparire in giudizio palesando ad altri la ricevuta confessione del delitto; perocchè s'egli avesse custodito il segreto nè l'accusatore nè il Funzionario inquirente non avrebbero mai potuto penetrare ch'egli era depositario della confessione per chiamarlo in giudizio a deporre. Dunque il testimonio *unico* della confessione stragiudiziale si presenta al tribunale con una veste d'immoralità. Arrogesi, che quando un calunniatore volesse insidiare un cittadino, non ha mezzo più sicuro di quello d'inventare una

confessione stragiudiziale fatta dal reo a quattr' occhi. Quest' ultimo avrà un bel dire, che la di lui confessione è un favoloso trovato. Sendogli impossibile la prova negativa, non potrà mai smentire veramente il testimonio, e sarà vittima di lui se la sana logica dei giudici non lo soccorre. Per queste ragioni il classico Criminalista Samuele Boemero insegna, che la confessione stragiudiziale allora solo può dirsi provata quando *firmata sit effatis duorum testium idoneorum: consequenter testimonium confessionarii non sufficiat. Elem. jurisp. crim. Sect. I. Cap. VI. §. 126.* (1).

6.° A suo luogo notammo quali erano nell' accusatorio processo gli effetti della transazione fra l' accusatore ed il reo. I criminalisti, ne' quali (a riserva dei più moderni) è sì comune l' errore di argomentare dal metodo accusatorio allo inquisitorio, trovando nel Diritto romano considerato come convinto quel reo, che transigeva coll' accusatore nei delitti non capitali, credettero che anche nel processo inquisitorio la transazione o a meglio dire l' accomodamento fra la parte offesa ed il reo dovesse costituire a carico di quest' ultimo uno indizio di tale efficacia da formare la di lui piena convinzione. Per sostenere però questa opinione converrebbe provare che la transazione del reo coll' offeso non potesse nell' ordine delle cose riconoscere altra causa che la colpabilità del primo, lo che se vero fosse, avremmo un indizio *necessario*, cui già dicemmo inconcepibile nell' ordine morale. Ma chi non vede esistere molte cause incolpabili, che spinger possono un uomo a sedare mediante compensazioni il risentimento dell' uomo offeso dal delitto? Gli apologisti di quest' indizio dicono che, quando un individuo s' induce ad accordar de' compensi all'uomo offeso dal delitto, vi è mosso o dalla coscienza che lo rimorde, o dalla lusinga d' impedire la denuncia del delitto e così sottrarsi alla pena. Ma è forse nuovo il caso che un cittadino benchè innocente tema di cadere nelle forze della giu-

(1) Vedremo fra poco nel §. IV. di questo capitolo, che tutti gl' indizj debbono essere legalmente provati.

stizia per alcune apparenze che lo gravano, e che quindi si induca a dei sacrifizj per evitare la processura, l'imprigionamento, le angustie del carcere, e simili funeste conseguenze della inquisizione? È forse nuovo il caso che il vero colpevole incarichi un terzo di tentar di sopprimere mediante adequati indennizzamenti la querela dell'offeso, serbando così più celata la propria colpa? Non è forse avvenuto talvolta nel foro che il padre, o il figlio, o il conjuge dell'inquisito abbiano cercato di attutire l'offeso all'insaputa dell'inquisito stesso credendo di giovare a quest'ultimo? Ecco tre cause incolpabili della transazione, le quali però non tolgono a quest'indizio la caratteristica di prossimo, massime se una o più di esse venissero dagli atti processuali escluse.

Nè osta al fin qui detto la *leg. ult. ff. de praevaricator.* da noi già citata alla pag. 690. in nota, poichè essa è unicamente inerente all'indole del processo accusatorio.

§. III.

Fra gl'indizj comuni remoti sogliono enumerarsi 1.° la causa a delinquere: 2.° l'utilità che l'imputato poteva sperar dal delitto: 3.° l'intenzione di delinquere manifestata prima del misfatto: 4.° la fama purchè sia sorta prima della cattura del reo: 5.° la fuga a cui siasi appigliato l'inquisito in tempo prossimo all'avvenuto delitto: 6.° l'incolpazione dell'offeso: 7.° il tremore e pallore nell'atto della cattura: 8.° i mendacj e le contraddizioni del reo ne' proprj esami: 9.° l'abito di delinquere nello stesso genere di male.

Anche qui alcuni aggiungono l'incolpazione del socio del delitto, ma io credo che ripugni alla critica il dare alla medesima il nome d'indizio. E per verità o il socio somministra al Ministero inquirente delle tracce di verificazione come quando palesa che presso un terzo esistono le cose furtive, gli stromenti del delitto ec., ed allora la prova discende da questi medesimi fatti verificati: o non offre alcuno di questi mezzi di convincimento, ed allora la sua incolpazione dev'essere totalmente disprezzata.

Parliamo ora singolarmente de' premessi indizj.

1.° e 2.° Il primo ed il secondo essendo indizj *antecedenti* offrono un argomento da causa ad effetto. Ma è facile il vedere quanto maggiore è la perplessità di questi in confronto degli enunciati indizj prossimi. Imperciocchè cominciando dalla causa a delinquere ecco i motivi di esitazione, che pugnano coll'argomento, che trarre se ne volesse, della reità. 1.° Quante volte gli uomini, avvegnachè spinti al delitto da un impulso qualunque, se ne astengono o per freno di morale o di religione o di timor della pena! 2.° Quante volte la stessa causa a delinquere, che scorgesi nel reo, concorre occultamente in cento altri! 3.° Quante volte un delitto, che noi crediamo commesso per ispirito d'interesse, lo fu invece per vendetta, o viceversa! E qui con molta filosofia osserva il Renazzi *tot quidem, tamquam latentes sunt criminum caussae, ut saepenumero videamus longe alias extitisse, quam quae communi judicio reputarentur* (1). Lo stesso discorso vale per l'utilità proveniente al reo dal delitto. Tizio fu ucciso: Cajo dalla morte di lui ritrae una pingue eredità. Voi argomentate da causa ad effetto, e presumete Cajo autore dell'omicidio. Ma non potrebbe essere stato ucciso da altri per ira, per gelosia, per vendetta? Avete dunque un effetto attribuibile a più e diverse cause, e perciò l'indizio è de' più fallaci.

Di più; se la prova della causa a delinquere è, come dicemmo alla pag. 629., un elemento essenziale, senza cui nei processi meramente indiziarj il più numeroso catalogo di *circostanze induttive* può assai facilmente condurre al sacrificio dell'innocente, deve siffatta prova aversi piuttosto come condizione indispensabile a validare l'accusa o l'inquisizione, che come separato indizio di reità.

3.° L'intenzione di delinquere manifestata prima dell'accaduto misfatto o in via di minaccia, o di millantazione, o di confidenza offre un argomento da causa ad effetto. Il tale aveva intenzione di commettere il delitto: dunque lo commise.

(1) Elem. jur. crim. lib. III. cap. XIV. §. VIII. num. 1.

Ecco l'argomento che si pretende dedurre da quest' indizio. Ma l'arte critica vi suggerisce tosto più dubbj. 1.° Fu vera intenzione di delinquere, o mera millanteria? 2.° Se fu vera intenzione vi persistette il reo fino all'epoca del delitto? 3.° Se vi persistette, non potevano altri avere la stessa intenzione, e più cauti, com'esser sogliono i malvagi, averla tenuta ascosa nel seno fino al punto di darle sfogo? Avete dunque una causa che può concorrere in più persone: una causa che poteva rimaner senza effetto: l'indizio è remoto.

4.° Per ragionar rettamente sulla fama bisogna prima definirla esattamente con Quintiliano *sermo sine certo auctore dispersus* (1). Difatti se noto è l'autor della fama, non v' ha più luogo a disputare di questa. L'autore dev' esser chiamato ad esame. Quindi o egli adduce una giusta causa di scienza, ed abbiamo un testimonio, ch'è ben più d'una vaga fama. O egli non sa rendere alcuna ragione di scienza, ed è un temerario, un impostore, che non merita fede alcuna, e con esso cade anche la fama.

Premesso dunque che l'essenza della fama è riposta nello ignorarsi il di lei autore, è facile ravvisare il dubbio che presentasi sulla di lei origine, cioè se pura od impura, se sorta da giusta causa di scienza, da testimonio veridico, oppure da un maledico, da un nemico del reo, da un impostore. Ecco dunque che l'indizio è fallacissimo. Voi qui argomentate da effetto a causa, cioè dalla fama alla reità. Ma non potete ignorare la somma probabilità che fra l'una e l'altra non siavi connessione, cioè che altre cause diversissime dalla colpabilità dell'inquisito abbiano originata a di lui carico la fama. E (notate di più) non avete alcun mezzo logico per escludere queste ignote cause.

5.° Anche nella fuga, come indizio susseguente, si argomenta da effetto a causa. Ma su questo indizio cade una singolarissima avvertenza. Il timore della prigionia e della pena fa fuggire il colpevole: il medesimo timore fa fuggire l'inno-

(1) *Instit. orat. lib. V. cap. 1. de probationum divisione.*

cente. Dunque la fuga non è mai in alcun caso l'effetto *immediato* della rea coscienza, ma riconosce un'altra causa intermedia qual'è il timore. Questo opera più o meno sugli uomini in ragione diretta della sensibilità e degli agi della vita, e in ragione inversa della fermezza d'animo e dell'assuetudine al patire. Non essendovi pertanto fra la colpabilità e la fuga una relazione immediata di causa e di effetto, ed anzi derivando la seconda da una causa intermedia, che varia al variare di circostanze totalmente estranee alla rea coscienza, egli è perciò che la fuga rettamente si annovera fra gl'indizj i più remoti.

Nè voglio qui passare sotto silenzio che la fama e la fuga insieme congiunte non costituiscono più che un solo indizio remoto. Imperciocchè se precede la prima, accrescendo essa il timore, diventa causa immediata della seconda: se viceversa precede la seconda, allora la fama è una conseguenza immediata della fuga. O l'una o l'altra dunque sorge da una causa estranea alla reità.

6.° Un pensiero non dissimile da quello esposto intorno alla fuga si presenta rapporto all'incolpazione dell'offeso. Se la causa motrice dell'incolpazione, che un cittadino dà all'altro, fosse sempre la reità del secondo, quest'indizio non solo sarebbe prossimo, ma necessario. Che cosa invece ci suggerisce la logica su questo proposito? Che la causa *immediata* dell'incolpazione è l'interesse che il cittadino offeso ha di ottenere la reintegrazione dei danni sofferti: che talvolta può esser pure l'effetto di un odio occulto che l'incolpante nutriva contro l'incolpato: che finalmente può esser pure consigliata dalla subornazione operata dal vero colpevole, o da un segreto interesse di salvarlo. L'innegabilità della prima causa, e la probabilità delle altre due congiunta colla difficoltà di escluderle fanno sì che quest'indizio sia remoto.

Nè qui finiscono le considerazioni, a cui dà luogo questo indizio. È noto l'aforismo legale — *nullus idoneus testis in re sua intelligitur: leg. 10. Dig. de testibus.* Chi può negare che l'incolpante depone in causa propria? Egli è adunque un

testimonio inidoneo. Di più è unico. Quanti motivi insieme uniti per esitare a prestargli fede! Il perchè sarebbe a desiderarsi che a questo indizio non tanto si deferisse quanto pur troppo suol farsi.

Che se poi l'incolpazione è *congetturale*, come avviene quando l'offeso non ha riconosciuto il suo offensore, allora essa si riduce ad un mero giudizio dell'incolpante, e l'arte critica insegna a disprezzarla, perchè la probabilità, che questi siasi apposto al vero, si confonde e s'immedesima colla probabilità della reità, e perciò il farne conto si ridurrebbe ad una miserabile petizione di principio.

7.° La trepidazione ed il pallore, che manifestansi nell'accusato all'atto della cattura, non possono non riputarsi quali indizj fallacissimi da chiunque consideri, che essi non sono un immediato effetto della reità, ma bensì del dolore morale che in noi eccitasi alla triste idea di cadere in potere della punitiva giustizia. Ora siccome questo dolore morale opera egualmente sul colpevole come sull'innocente, così è evidente la somma fallacia per non dire nullità di questo indizio.

8.° Una riflessione pressochè simile cade sui mendacj. Siccome essi ripetono la loro origine dal timore che la confessione di un fatto sia presa per argomento di reità, e siccome questo timore si eccita anche nell'uomo di niun delitto macchiato, così sarebbe un assurdo logico l'attribuir loro la forza d'indizio prossimo. Possono consultarsi in proposito i bei pensieri del Filangeri esposti nel tomo III. part. 1. pag. 73. edizione Milanese del 1784, e quelli del Beccaria pag. 53. e 54. edizione di Livorno.

9.° Finalmente l'abito di delinquere nello stesso genere di male, quest'indizio, a cui, malgrado il parere di classici Criminalisti che lo ripongono fra i remoti (1), suole accordarsi nel foro maggior peso che non merita, si presenta per ultimo alle nostre meditazioni. L'argomento qui sarebbe da causa ad effetto, e per sostenerlo converrebbe dimostrare che l'essere

(1) Carmign. Elem. jur. crim. §. 535.

incorso una o più volte nello stesso genere di delitto sia cagione efficiente del commetter quello, di cui si disputa. Ma è a considerarsi che gli elementi generatori d'ogni delitto, compendiati sotto il titolo di spinta criminosa, sono 1.° l'attrattiva sotto cui si presenta all'immaginazione dell'uomo il frutto del delitto: 2.° l'audacia, per cui l'uomo si rende speranzoso di eseguirlo: 3.° la lusinga dell'impunità; e queste cause possono esercitare il loro influsso anche sulla persona, che non mai in addietro calcò la via del misfatto. Deve inoltre ponderarsi, che ogni indizio è più o meno remoto a misura che cade sopra un maggior numero d'individui. Ora siccome la Società non è sì felice d'avere là dove accadde l'offesa un sol recidivo per ogni specie di delitto, così l'indizio, di cui parliamo, percuote più persone, ed è in conseguenza remotissimo.

§. IV.

Ora è pregio dell'opera il vedere in qual modo si debbano provare gl'indizj. Il Renazzi meritamente condannò l'opinione di que' Prammatici, che insegnarono, gl'indizj prossimi provarsi validamente con un solo testimonio, mentre poi con manifesta contraddizione convennero che per la prova de' remoti se ne esigono due (1). Non può spiegarsi questa loro stravagante opinione, se non col dire che essi non avessero un'idea chiara di ciò ch'è *indizio*. Imperciocchè la loro dottrina risolvesi in quest'argomento: *in que' fatti in cui l'errore del giudice può essere più fatale ai rei, egli si contenterà di una prova imperfetta; in quelli poi, la cui conseguenza è meno perniciosa ai cittadini accusati, richiederà una perfetta prova*. Può darsi ragionamento più antilogico di questo?

Per noi la questione è sciolta col richiamare la sola definizione dell'indizio. S'egli è *un fatto noto, da cui si deduce l'ignoto*, dev'essere criticamente e giuridicamente pro-

(2) Renazzi Elem. jur. crim. lib. III. cap. XIV. §. XIII. num. 1.

vato. In caso diverso sarà un fatto giuridicamente ignoto, e nulla più assurdo quanto l'argomentare dall'ignoto all'ignoto: il che racchiude la petizione di principio (1).

Ma quale sarà la prova critica e giuridica dell'indizio? La deposizione di due testimonj idonei, o la confessione del reo.

Qui prevedo l'opposizione di coloro, i quali ad ogni canone di logica giuridica impallidiscono pel timore che rimangano impuniti i delitti. Diranno esser troppo difficile l'avere siffatta prova in ogni indizio. Alla loro trepidazione contrappongo le considerazioni che seguono.

1.° I veri motivi di eccezione pe' testimonj sono pochi. Essi si riducono al difetto d'intelletto o di volontà. Non basta. Fingete esser tale l'indizio che il testimonio non vi ravvisi il rapporto che può emergerne colla reità dell'imputato, come allorquando si trattasse d'una spesa *ultra vires*, della vendita di un oggetto sospetto fatta dall'inquisito ec. In tal caso dovranno escludersi soltanto i testimonj *manifestamente* inidonei, e potranno ammettersi quelli, in cui l'inidoneità è meramente *presunta*.

2.° La confessione del reo sopra uno o più indizj è molto più facile e frequente di quel che sia la confessione del delitto. Imperciocchè il reo, che non vede ne' singoli indizj la conseguenza di una immediata condanna, s'induce più facilmente ad ammetterli, anche per evitare un mendacio, che lo pone in sospetto presso i giudici.

3.° V'hanno molti e molti indizj, in cui facilissima è la pluralità delle prove. La causa a delinquere, l'utilità proveniente dal delitto, la fama, la fuga, la trepidazione, l'abito allo stesso genere di delitto, e non pochi fra quelli, che diconsi *proprj*, sono di tal indole.

4.° Evvi una classe d'indizj, la cui prova pienissima sorge immediatamente dallo stesso processo. L'incolpazione dell'offeso, i mendacj, il ritrovamento presso il reo d'un'arma mi-

(1) Mario Pagano Teorie delle prove: cap. V.

cidiale, degli oggetti furtivi, operato mediante giudiziale accesso, ne offrono un esempio.

5.° I testimonj possono provare validamente un indizio senz'essere contesti di luogo e di tempo. Il reo fuggitivo può essere stato veduto in due diversi punti di strada da due testimonj camminar frettoloso, guardingo e perturbato. L'arma micidiale può essere stata osservata in diversi tempi e luoghi nelle mani dell'accusato di omicidio. E così di mille altre circostanze. Chi non vede quanto è facile la pluralità di simili prove?

Cessino dunque gl'ingiusti timori, e non si bandiscano dal foro i canoni di logica giuridica, se non si vuole assolutamente il sacrificio degl'innocenti. Non vi è strada di mezzo. O si adotti il sistema della unanimità de' suffragi: o si osservino religiosamente le regole di giurisprudenza. Escludere il primo e disprezzare le seconde è un ridurre i giudizj ad un giuoco di azzardo, il cui esito può ne' casi di mera prova artificiale avvolgere nella stessa sorte così il colpevole come l'innocente.

§. V.

A compiere questa interessante materia della prova la più di tutte frequente ne' criminali giudizj non ci resta che ad accennare alcuni canoni, che regolano la di lei estimazione. In questo argomento noi prendiamo per testo il Beccaria, quel profondo scrittore, che ha saputo tenere il giusto mezzo fra gli apologisti della prova indiziaria, e quelli che negano alla medesima ogni forza provante (1).

Tre canoni offre quell'insigne Filosofo sul valore della prova indiziaria (2).

1.° *Quando le prove di un fatto sono dipendenti l'una dall'altra, cioè quando gl'indizj non si provano che tra di loro, quanto maggiori prove si adducono tanto è minore la*

(1) Fra questi ultimi si estolle su tutti il sig. *Brissot de Varville*.
(2) Dei delitti e delle pene §. XIV.

probabilità del fatto, perchè i casi che farebbero mancare le prove antecedenti fanno mancare le susseguenti.

Questo primo canone è una di quelle proposizioni, che i dialettici chiamano *paradossi*, perchè presentano un concetto apparentemente assurdo, tuttochè vero. E vero infatti egli è, come si renderà manifesto riducendo a caso pratico le condizioni del surriferito insegnamento. — Trattisi di omicidio. Tizio afferma di avere venduto all'imputato un coltello, che è pervenuto dipoi in potere della giustizia, e che viene dal testimonio riconosciuto. Cajo depone d'averlo trovato intriso di sangue a poca distanza dal luogo, ove giaceva semivivo l'ucciso. Ecco due indizj, che si provano tra di loro. Se fosse mendace Tizio sulla vendita del coltello, diverrebbe di niun valore la prova che Cajo lo abbia trovato in vicinanza della vittima. Se poi fosse mendace Cajo sul ritrovamento del coltello, ridurrebbesi a zero l'indizio della vendita di questo istromento. — Non dissimile è quest'altro caso. Per provare che l'accusato uscì dal suo alloggio dopo la mezza notte si portano per testimonj due inquilini, di cui l'uno afferma, che essendo stato esso l'ultimo a rientrare a domicilio pose internamente alla porta il chiavistello, l'altro attesta, che un'ora appresso il ritorno del primo udì il romore, che fa il chiavistello nell'essere rimosso. Se si prova che il primo ha mentito, deve necessariamente esser mendace anche il secondo; se questi mentì o pure fu illuso nel credere, che fosse cigolio di rimosso chiavistello ciò che invece era l'effetto d'altra azione operata da un terzo coinquilino, riducesi a zero la deposizione del primo. — Lo stesso logico risultato si avrebbe, se per provare a carico di un individuo un latrocinio si documentasse con un testimonio, che l'ucciso era portatore di una specie particolare di moneta, con un altro, che il reo spese pochi giorni dopo in una fiera monete congruenti a quelle, che portava l'ucciso, con un terzo l'accesso del reo alla fiera. Se si esclude che l'ucciso fosse portatore di monete, crolla il secondo ed il terzo indizio; se si esclude che il reo spendesse monete consimili alle involate, cade il primo ed il terzo indi-

zio; se si esclude che il reo sia acceduto alla fiera, sfuma tutta la prova desunta dai tre prenarrati indizj. Non è dunque un assurdo, che in questi casi lo aumentar delle prove faccia scemare la probabilità del fatto, perchè, appunto come dice il Beccaria, i casi che fanno mancare le prove antecedenti, distruggono anche le susseguenti e viceversa.

2.° *Quando le prove di un fatto tutte dipendono egualmente da una sola, il numero delle prove non aumenta, nè sminuisce la probabilità del fatto, perchè tutto il loro valore si risolve nel valore di quella sola da cui dipendono.*

A dilucidare questo canone gioverà qui pure il fingere un esempio. In una via deserta di Roma accade sul mezzodì un omicidio in persona di Tizio. Questi aveva un nemico in Cajo, da cui era stato più volte minacciato ed insidiato, ma Cajo ha il suo stabile domicilio in Albano. La parte attrice entrata in sospetto che Cajo nel giorno dell'uccisione siasi partito da Albano e trasferito in Roma, trova a forza d'indagini due testimonj che asseriscono averlo veduto nella mattina del delitto montare in un calessino e dirigersi alla volta di Roma, d'onde poi lo scórsero far ritorno sul tramonto del sole; due altri attestano averlo osservato in ora più tarda torbido, taciturno, accigliato qual uomo, cui preme un grave pensiero; due altri finalmente assicurano, che il dì precedente egli facesse acquisto di un'arma, che ha qualche congruenza colle ferite riportate da Tizio, e finalmente provasi pure per altri due testimonj, che alcuni giorni prima egli esternasse il suo risentimento contro l'ucciso. Vedete quanto sono rannodate fra loro le prove, onde si presume dedurre la reità di Cajo. Eppure tutte dipendono da una sola, cioè dal vedere se egli realmente in quel giorno partendo da Albano si recasse in Roma: ed ove ciò si smentisse si annienterebbero tutte le altre prove. Difatti se l'accusato riuscisse a documentare, che pervenuto a due miglia da Roma divertì il cammino, e recossi in una sua tenuta, ove impiegò le ore da terza a vespro nel predisporre varj lavori agricoli, sarebbe forza lo assolverlo come innocente non ostante la verità delle otto testimonianze surriferite.

Dopo questi due canoni del Beccaria, prima di passare al terzo, nel quale si contengono gli estremi necessarj a far sì, che la prova indiziaria acquisti tutta quella forza, di cui è capace, cioè sia atta a costituire una urgente probabilità, che l'accusato sia colpevole, dobbiamo a pieno sviluppo dello argomento aggiungere un'altra regola, che è la seguente.

Quando le varie prove addotte contro un accusato tendono tutte a far costare un solo indizio, l'aumentarsi delle prove non accresce la probabilità del fatto, perchè tutte si risolvono in quell'indizio, alla cui dimostrazione esse sono dirette.

Esempio opportunissimo a spiegar questo canone trovasi appresso Quintiliano *Inst. Orat. lib. V. cap. VI.* Ivi quel Principe degli antichi retori fa il caso che contro un individuo accusato di aver ucciso il testatore si abbiano i seguenti indizj, la povertà, i debiti, le molestie dei creditori, la scienza d'essere stato istituito erede, il pericolo, che l'istituente fosse per mutar volontà per una offesa ricevuta dall'istituito; dopo di che conchiude — *Singula levia sunt, et communia. Universa vero nocent: et si non ut fulmine, tamen ut grandine.* Ma il fatto sta, che tutti questi elementi di prova all'occhio dell'accorto critico si riducono alla causa a delinquere, al vantaggio cioè che l'accusato poteva ritrarre dalla morte del testatore; ond'è che l'avveduto Magistrato non vedrà in quella fattispecie tanti indizj, quanti sono gli elementi di prova, ma vi riconoscerà un solo indizio. Se si obbliano questi sani principj della logica giuridica, si corre rischio di credersi in possesso della certezza o d'esser prossimi alla medesima, mentre invece altro non si avrà che una probabilità languida ed ingannevole.

3.° *Quando le prove* (così prosegue il Beccaria) *sono indipendenti l'una dall'altra, cioè quando gl'indizj si provano altronde che da se stessi, quanto maggiori prove si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto, perchè la fallacia di una prova non influisce sull'altra.*

Questo canone contiene un utile principio logico per chiunque trovisi investito del tremendo potere di giudicare

sull' onore e sulla vita de' cittadini. Ripetiamo le fattispecie dell' omicidio. Se contro l' accusato avrete la grave inimicizia coll'ucciso, le precedenti insidie, la sorpresa sul luogo del delitto in aspetto timido e confuso, il possesso di un' arme insanguinata congruente alle mortali ferite e cose simili, se tutti questi indizj saranno concludentemente provati o col mezzo di due testimonj o colla confessione del reo, o l'ultimo mediante giudiziale accesso, vi sarà facile lo scorgere che l' esclusione di un indizio non influisce sull' esclusione dell' altro, che da ciascuno di essi sorge una presunzione contro il reo distinta e separata dalle altre, e perciò è appunto in questi e simili casi, che la probabilità della reità (notate che il Beccaria parla di *probabilità* non di certezza) può aumentare a segno da costituire nell' animo dei giudici la convinzione, che l' accusato è colpevole, convinzione che nel sistema dei Giurati porta alla pena ordinaria, e nel pretto metodo inquisitorio dà luogo alla straordinaria condanna, come fu dimostrato a suo luogo.

Chiuderemo questo capitolo coll' osservare, che la maggior parte degli oppositori all' antico sistema di condannare alla pena straordinaria que' rei, contro i quali non abbiasi altro mezzo di convinzione che le presunzioni derivanti dagli indizj furono spinti a combatterlo dall' erronea opinione, che si trattasse (usurpiamo le parole del Carmignani *Teoria delle leggi ec. Vol. IV. pag. 228.*) *d' una operazione* costruttiva *d' un nuovo titolo di rigore*, *mentre trattavasi di una operazione* distruttiva *d' un rigore*, *il quale avea la sua origine non nelle cognite forze dell' umano intelletto ma nella umana credulità*: *che si autorizzasse l' arbitrio del giudice*, *mentre eragli posto un freno.* Certo che ove sorgesse un caldeggiatore del rigorismo a predicare, che nel concorso di un cumulo di indizj atto ad ingerire un veemente sospetto di reità, ma non la piena convinzione dell' uomo circa la reità dell' imputato, debbasi condannare il reo ad una pena straordinaria, non vi sarebbe alcuno, che a sì inumano insegnamento non osteggiasse. Ma ben diverso da ciò fu il principio di PIETRO LEO-

POLDO; ben diversa la pratica de' Tribunali Pontificj dalla abolizione della tortura fino al 31. decembre 1831. L'uno e l'altra si proposero la cautela politica di non consegnare al carnefice colui, nel cui processo per sola *certezza dell'uomo* si scorgesse la reità e non per *certezza della legge*. Fu questo un vincolo (parli anche qui il Carmignani) *alla naturale inclinazione dell'uomo a gittar con buona e retta coscienza un accusato sulle sole apparenze di reità in un abisso, a cui se la ragione si affaccia non vede che tenebre; fu una guarentigia della sua innocenza possibile, onde una irreparabil condanna non lasci altro scampo che quello di piangere inutilmente sulla sua sorte.* Opera citata volume IV. pagina 227.

APPENDICE

Sopra un recente cambiamento avvenuto nel Codice penale toscano.

Con Sovrano decreto del dì 8. Aprile del corrente anno il Granduca LEOPOLDO di Toscana intento sempre al perfezionamento delle leggi ha creduto conveniente di apportare alcune modificazioni a dieci articoli del suo Codice penale 20. giugno 1853., che sono designati dai seguenti numeri: 45. 82. 146. 326. 327. 331. 333. 368. 378. e 386.

Nel presente volume noi abbiamo avuto occasione soltanto di parlare dei due primi, cioè dell'art. 45. alla pag. 149., e dell'art. 82. alla pag. 410. Imperocchè gli altri otto appartengono ai delitti in ispecie, la cui trattazione è riserbata al secondo volume, cosicchè siamo in tempo a riportarli, ove cadrà in acconcio, in quella nuova forma, che hanno acquistata in virtù del surriferito Reale Decreto.

In questo luogo pertanto ci corre il dovere di avvertire i nostri lettori delle modificazioni apportate a quei due primi

articoli, affinchè il presente nostro lavoro non lasci a desiderare alcun che di rilevante intorno al *vero* stato attuale della legislazione penale toscana.

È a sapersi pertanto, che l'art. 45. destinato a statuire le modificazioni penali cui dà luogo la fase esterna dell'offesa sociale, cioè l'essersi il delitto arrestato al grado di conato, era nella prima edizione officiale del Codice così concepito:

» Ogni qual volta la legge non contenga più speciali di-
» sposizioni, il tentativo è colpito

» *a)* dalla casa di forza per un tempo non minore di
» dodici anni, se il delitto consumato porterebbe alla morte; *(b)*
» dalla casa di forza da cinque a quindici anni, se il delitto
» consumato porterebbe all'ergastolo; *(c)* da una porzione
» non mai maggiore della metà di quella pena, che si appli-
» cherebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato
» porterebbe alla casa di forza, alla carcere, all'esiglio par-
» ticolare o alla multa; *(d)* dalla rispettiva interdizione per
» un tempo, che non può eccedere la metà di quello, che si
» decreterebbe in caso di consumazione, se il delitto è mi-
» nacciato di una pena propria. »

Ora il citato Reale Decreto ha lasciati intatti i due membri *a* e *b* di quell'articolo, non che l'ultimo ch'era segnato *d*; ha soppresso nel membro *c* le parole *alla casa di forza*; ed ha aggiunto i seguenti membri *c*, *d*, *e*, portando sotto la lettera *f* quello che prima era distinto colla *d*. Ecco pertanto il tenore delle modificazioni.

» *c)* colla casa di forza da un anno alla metà del
» tempo, per cui nel caso di consumazione si applicherebbe
» la stessa pena, se il delitto consumato è minacciato di casa
» di forza per un tempo, che possa eccedere 12. anni; *(d)*
» con la carcere da sei mesi fino alla metà del tempo, per
» cui nel caso di consumazione si applicherebbe la casa di
» forza, se il delitto consumato è minacciato di questa pena
» per un tempo che non possa eccedere 12. anni; *(e)* con una
» porzione non mai maggiore della metà di quella pena, che
» si applicherebbe nel caso di consumazione, se il delitto con-

» sumato porterebbe alla carcere o all' esiglio particolare o
» alla multa ».

Ora confrontando il precedente tenore dell' articolo con quello oggi sostituito, è agevole il conoscere che la ragione legislativa della modificazione consiste nello scopo d' introdurre una maggiore lenità nella punizione dei conati. Difatti giusta il tenore del precedente membro *c*, verificandosi il conato di un delitto, la cui consumazione fosse colpita dalla casa di forza da dieci a venti anni, il tribunale non avrebbe potuto mai applicare una condanna minore di tre anni di quella pena, perchè l' art. 16. §. 2. statuisce che la casa di forza (eccetto una speciale disposizione di legge) non si può decretare per meno di tre nè per più di venti anni. Al contrario oggi coi nuovi membri *c*, *d* si può discendere fino a decretare un anno di casa di forza pel delitto di sopra figurato, e sei mesi di carcere se il delitto consumato porterebbe alla casa di forza da cinque a dodici anni. Nei casi poi del membro *d* si può discendere pel conato fino alla massima lenità, perchè la carcere può decretarsi anche per un sol giorno, l' esiglio anche per un solo bimestre, e la multa anche per sole lire dieci.

Passando ora all' articolo 82. dobbiamo avvertire, che il Reale Decreto ne ha lasciato intatto il contenuto esposto alla pag. 410., e solo ha soggiunto un paragrafo 2.° così concepito:

» La pena parzialmente o totalmente condonata per grazia
» si considera come pienamente espiata. »

Manifesta è la ragione legislativa di questo aggiunto brano di legge. Il Codice, di cui parliamo, coerente ai più sani principj legislativi fa consistere la recidiva nell' iterare quello stesso delitto, pel quale il reo altra volta espiò totalmente la pena (pag. 410. in relazione alla pag. 409. del presente volume). In virtù di siffatto principio il cittadino ricadente in un delitto, pel quale avesse subito legale condanna, ma non espiata la pena per grazia Sovrana, non potea dirsi recidivo. Oggi è tale in forza dell' addizione sopra trascritta. Nè senza giustissimo motivo. Difatti quegli che dopo essere stato esonerato per grazia Sovrana dalla pena incorsa per un delitto

commesso, ricade nella stessa azione criminosa, mostra palesemente, ch'egli era indegno della Sovrana Clemenza, e perciò l'aumento di pena, cui soggiace per esser considerato come recidivo, ben gli si conviene non fosse altro per l'antecedente delitto, di cui non meritava la grazia. D'altronde l'atto indulgente del Principe, che esonera il cittadino dalla contratta responsabilità penale, ha insita in sè la condizione, che il graziato non ne abusi tornando a violare la legge, ond'è che questi iterando il delitto può considerarsi decaduto dagli effetti della Sovrana indulgenza (1).

(1) Una sanzione pari a quella, che qui comentiamo, esiste nell'articolo 49. del Regolamento penale Gregoriano.

FINE DEL LIBRO TERZO

ERRORI	CORREZIONI
pag. 15. not. 1. - dalla greca voce *monos solo*, e *crateo comandare con forza*	dalle greche voci *monos* solo, e *archos* capo.
pag ivi not. 2. - dalla greca voce *aristos ottimo fortissimo*.	dalle greche voci *aristos* ottimo fortissimo, e *crateo* comandare con forza
pag 209. l. 13. - legge 50. Dig. *de poenis*	legge 50. Dig. *de furtis*
pag. 282 l. 8. - dai 15. ai 20. anni	dai 5. ai 20. anni
pag. 334. l. 19. - suolo XVIII.	secolo XVIII.
pag. 567. l. 15. a 16. - affiggerlo	affiggerlo
pag 769. l. 35. - ipotoca	ipoteca

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL PRESENTE VOLUME





